This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL 1085 J

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

7

Entscheidungen

des

Tribunals zu Celle,

mitgetheilt

von

den Anwälten

Wöltje, Wolde, Gerding, Reuter, Raven, Haarmann, Himstedt, Naumann, Evers, Meyersburg, Biedenweg.

Zweite Auflage

der Entscheidungen v. 1. Septbr. 1855 bis 1. Septbr. 1857, nebst Inhaltsverzeichniß.

Der Ertrag ist für die Advokaten-Wittwenkasse zu Celle bestimmt.

Celle 1857.

Zu beziehen von der E. H. C. Schulze'schen Buchhandlung.

Digitized by Google

Zur Beachtung.

Seit dem 1. September 1855 hat die Mehrzahl der Anwälte des K. Oberappellationsgerichts zu Celle in monatlich erscheinenden Nummern wichtigere Entscheidungen der verschiedenen Senate des höchsten Landesgerichts durch den Druck veröffentlicht.

Die Verbreitung erfolgte nicht durch den Buchhandel; die Exemplare wurden nur an die Anwälte und Advokaten des Königreichs gratis ausgegeben.

Später sind einzelne Exemplare auch anderweit gegen Erlegung eines für die Advokaten-Wittwenkasse in Celle bestimmten Preises abgegeben.

Im October 1857 ist von den umstehend aufgeführten Anwälten beschlossen:

1) Die bereits seit 1855 abgedruckten Entscheidungen mit einem Inhaltsverzeichnisse versehen in einer neuen Auflage erscheinen und durch den Buchhandel zum Besten der Advokaten-Wittwenkasse zu Celle verkaufen zu lassen,
2) Auch ferner in 10, regelmäßig am 1ten des Monats erscheinenden Nummern die wichtigeren Entscheidungen des Tribunals, zahlreicher als bisher zu veröffentlichen und so weit dies erforderlich, den mitgetheilten Entscheidungen einen Thatbestand voranzuschicken,
3) Die künftig erscheinenden Nummern in bisheriger Weise gratis an die Collegen zu übersenden,
4) Die übrigen Exemplare gegen einen Subscriptionspreis von 8 Ggr. für 1857—1858 durch den Buchhandel zum Besten der Advokaten-Wittwenkasse zu Celle verbreiten zu lassen.

Die vier ersten Nummern pro 1857—1858 sind bereits erschienen und durch die Schulzesche Buchhandl. in Celle zu beziehen.

Celle, den 1ten December 1857.

Die Redaction.

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Register
der Entscheidungen von 1855—1857.

I. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

1) Gewohnheitsrecht.
   a. Wesen desselben im Gegensatze zu unvordenklicher Verjährung. I 34. 35.
   b. Beweis desselben durch Auferlegung eines suppletorii. I 60.

2) Verjährung.
   a. Praescriptio definita bei dinglichen Rechten des Deutschen Rechtes. II 3.
   b. Verjährung wider das domanium, insbesondere bei Servituten. II 16.
   c. Mala fides, begründet durch Anmeldung von Ansprüchen. II 48.
   d. Unvordenkliche Verjährung. Gegenstand derselben. I 34.
   e. Requisite derselben. I 54.
   f. Verjährung persönlicher Klagen. (cfr. Gesetz vom 22. November 1850.) Forderungen aus dem Großhandel. — Forderungen der Ausländer. — Unterbrechung durch Anerkennung. I 19.
   g. Einfluß eines unbestimmten Credits. — Anstellung der Klage bei einem der Summe nach unzuständigem Gerichte. I 64.

3) Rechtsverfolgung.
   a. Verzicht. — I 55. II 23.
   b. Res judicata. Begriff der exceptio rei judicatae. II 47.
   c. Cautionen der Angestellten. Berechtigung des Staates aus denselben. I 20.
   d. Cautionen gegenüber einer Retentionseinrede. II 10.
   e. Ungültigkeit von Rechtsgeschäften — ist von dem Richter ex officio zu berücksichtigen. I 21.

Digitized by Google

4) Personen.

a. Bedeutung des § 6 des Landesverfassungsgesetzes für das Privatrecht. I 42a.

b. Präsumtion der Fortdauer der Persönlichkeit. I 38.

c. Realgemeinden — deren Stellung im Processe. II 18. 19.

B. Sachenrecht.

1) Besitz. a. Voraussetzungen des interdictum uti possidelis. Einreden wider dasselbe. II 55.

b. Juristischer Besitz berechtigt zur Intervention. II 56.

2) Pfandrecht.

a. Bedeutung des pactum reservati dominii im Concurse. I 43a. 44a.

b. Pfandrecht des fiscus an dem Vermögen seiner Contrahenten. I 40.

c. Pfandrecht der jüdischen Ehefrau wegen ihrer dos. I 42a.

d. Einrede der Excussion eines dritten Pfandbesitzers. I 63.

e. Anfang eines Conventionalpfandrechts hinsichtlich des später vom Schuldner erworbenen Vermögens. I 63.

f. Vorzug des Dotalpfandrechts vor dem Pfandrechte ex versione in rem. II 31.

g. Voraussetzungen und Umfang der privilegia dotis für das nicht in Grundstücken bestehende augmentum dotis. II 32.

3) Servituten. Ersitzung derselben an Grundstücken des domanii. II 16.

4) Emphyteuse. Anwendung des Lüneburgischen Successionsediktes auf Erbenzinsgüter. I 9.

C. Obligationenrecht.

1) Allgemeine Lehren.

a. Klage auf eine positive Leistung aus einer obligatio non faciendi. II 11.

b. Correalobligation. Exceptio rei jam in judicium deductae von einem verklagten Correalschuldner vorgeschützt. II 13.

c. Form der Verträge. — 1. Zu dem Gesetze vom 10. December 1843. Bedeutung der vorgeschriebenen Form für Nebenverträge. II 4. — Fristen für die Klageerhebung ꝛc. II 28. 29. — 2. Umfang der nach der Verordnung vom 23 Juli 1833 vor der

Digitized by Google

Obrigkeit zu errichtenden Verträge. II 17. — 3. Genehmigung einer nicht schriftlich ausgestellten Vollmacht nach Preußischem Landrechte. II. 14.

d. Verbindlichkeit der Verträge für Dritte. II 3.

e. Eviktionsleistung bei vorhandenen Hypotheken. I 37. II 50.

f. Laesio enormis. I 14. I 55. II 23.

2) Einzelne Obligationen.

a. Kauf. Bedeutung des verzinslichen Stehenbleibens des pretii. I 37.

b. Stellvertretung. Der Staat vertreten durch die Lotteriebeamten. I 40. — Negotiorum gestio, deren Voraussetzungen. I 61.

c. Vormundschaft. 1. Zahlung einer verzinslichen Pupillenschuld an den Vormund ohne obervormundschaftliche Genehmigung. I 12. — 2) Voraussetzung des Verlustes von Forderungen, die der Vormund vor Uebernahme der Vormundschaft gegen seine Pupillen nicht geltend gemacht. II 9. — 3) Persönliche Haftung des Vormundes dem Gläubiger des Pupillen gegenüber. II 15. — 4) Cura sexus im Lande Hadeln. II 54. — 5) Veräußerung von unbeweglichen Mündelgütern im Lande Hadeln. II 5.

d. Condiktionen. Klage auf Herausgabe gezogener Früchte II 51.

e. Alimentationspflicht des per subsequens matrimonium legitimirten Sohnes. I 39.

f. Klage auf Schmerzensgeld annoch zulässig. II 20.

g. actio pauliana. Voraussetzung bei einer bestellten Hypothek. I 13.

h. Wechselrecht. Präsentation bei eigenen Wechseln. II 6. — Erforderniß der genauen Angabe des Zahlungstages im Wechsel. II 25. — Klage auf einen Sola-Wechsel. I 17.

D. Familienrecht.

Aufhebung der patria potestas nach neuerem Rechte — separata oeconomia — I 58.

Zu Nr. 15 der Eheverordnung für Bremen und Verden. Folgen einer auf Antrag der Eltern annullirten Ehe für inzwischen geborene Kinder. II 40.

cfr. auch unter Meierrecht.

Digitized by Google

E. Erbrecht.

a. Begriff von Erbgut nach dem Osterstader Landrecht ꝛc. Disposition über dasselbe unter Lebenden und von Todes wegen. I 59.

b. Zu Tit. 1 § 8 des Bremischen Ritterrechts. Anwendung auf Seitenverwandte. I 53.

c. Notherbenrecht bei Erbverträgen. I 32. — beim Testamente eines Meiers. I 3.

d. Voraussetzung des Besitzes auf Seiten des Beklagten bei der hereditatis petitio. I 58.

e. Befugnisse des Richters bei der actio familae herciscundae. I 53.

f. Die Klage aus lex 3 Codicis de edicto divi Hadriani tollendo steht dem Fideikommissar nicht zu. II 24.
cfr. auch Meierrecht.

F. Besondere Deutschrechtliche Verhältnisse.

1) Lehen. Verbindlichkeit der Lehnstheilungen für die Lehnsfolger. I 55.

2) Bauernrecht.

1. Rechte des Ehemanns an dem zugeheiratheten Meiergute. I 49.
2. Notherbrecht bei dem Testamente eines Meiers. I 3.
3. Laesio enormis bei Meier-Kontrakten. I 10.
4. Uebertragung des Anerbenrechts auf einen entfernter Berechtigten. I 38.
5. Recht an der nicht fällig gewordenen Abfindung bei Bauergütern. I 28.
6. Unfähigkeit des Anerben als Einrede. I 9.
7. Unfähigkeit der unehelichen Kinder zur Succession in Meiergüter. II 8. — Einfluß der gutsherrlichen Bemeierung eines Dritten. II 57.
8. Lüneburg. a. Successionsrecht der Kinder des Meiers und der Kinder des Anerben. I 2. — b. Anwendung des Successionsedictes auf eine Erbenzinsmühle. I 9. — c. Succession aus der Person des Anerben. I 41. — d. Succession in Meiergüter im Amte Neuenhaus im Lauenburgischen. I 60. — e. Rechte der Bauerfamilie bei freien Bauergütern hinsichtlich des Hofes und andern Vermögens. I 31.

Digitized by Google

9. Hoya. Siehe I 2. Einfluß der Annahme einer Abfindung auf das Anerbenrecht. I 48. — Succession in eigenbehörige Höfe. I 42.
10. Calenberg. Begriff der Abfindung nach der Calenb. Meierordnung. Verpflichtung des Annehmers als Universalsuccessor. I 47. — Succession in abgelöste Höfe in Calenberg. II 45.
11. Osnabrück. Zu cap. VII § 7, cap. XI. § 2 der Eigenthumsordnung. Interimswirthschaft und Rechte des Eigenbehörigen an neu erworbenen Grundstücken. I 36. — Succession bei freien Bauergütern in Wachendorf (Arenberg-Meppen). I 16.
12. Bremen. Verden. Succession unehelicher Kinder in Meiergüter ausgeschlossen. II 29. — Succession der Meier in Sandbeck und Osterholz. I 46. — Gutsherrlicher Consens zu Ehenotuln und andern Dispositionen der Meier. II 44.
13. Abgelöste Höfe. Dispositionsbefugniß. — Mangel der regiminellen Genehmigung bei Parzellirung derselben. I 51. — im Bremischen. II 52. II 53.

3) Retraktrecht

im Flecken Lehe. I 10. — In der Grafschaft Plesse. I 45. — Im Altenlande II 21. — Dasselbe ist nicht ausgeschlossen durch patria potestas. — Reale Oblation des Kaufpreises nicht erforderlich. — Anfangspunkt der Klagenverjährung. II 21. — Ersatz der Früchte bei Ausübung des Retraktrechtes. II 38. — Näherrecht eines mit Dotalgrundstücken Benachbarten. I 52.

4) Realrechte.

a. Zehntrecht. cfr. I 35. Recht auf den Rottzehnten nach Ablösung des Zehntrechts. II 41.
b. Gewerberechte. Natur der Klage auf Schutz eines ausschließlichen Gewerberechts. I 54. — Umfang der Zunftrechte einer Tuchhändlergilde. I 26. — Zu §§ 191 und 192 der Gewerbeordnung. — Rechte der Zünfte wider Fabrikbetrieb, welcher die Arbeiten mehrerer Zünfte umfaßt. II 7.
c. Kirchenlasten. Natur derselben, insbesondere im Fürstenthume Osnabrück. II 46.
d. Deichlasten der Moorleute nach der Bremischen Deichordnung. II 42.

Digitized by Google

II. Prozeß.

1) Zuständigkeit der Gerichte.

Competenz der Gerichte gegenüber den Verfügungen der Verwaltungsbehörden. I 43. II 43.

§ 14. Widerklage cfr. II 36.

2) Streitende Theile.

Zu § 32 der B. P. O. Klagenbefugniß der Realgemeinden. Aufnahme von Syndikaten bei Realgemeinden. II 18. 19.

Zu § 33. Begriff des gemeinschaftlichen Vertreters der Streitgenossen. II 16. cfr. auch I 11. II 35.

Zu § 36 und 41. Folgen der Nichtberücksichtigung einer Streitverkündigung. II 15.

3) Allgemeine Vorschriften über das Verfahren.

a. Schriftliche Anträge.

Zu § 94. Bedeutung der Unterschrift des Anwalts. I 4. II 1.

b. Behändigung.

§ 121 an Streitgenossen. I 11. II 35.

§ 124 durch öffentliche Blätter, wenn auswärtige Behörden Rechtshülfe versagen. II 12.

§ 140 an den Geschlechtskurator. II 54. — Zustellung einer einfachen Copie des Urtheils genügt. I 30.

Nothwendigkeit, daß die Behändigungsurkunde die Anwesenheit des Anwalts bescheinigt. I 33. I 44.

Persönliche Behändigung eines in die Kosten condemnirenden Urtheils unnöthig. II 27.

§ 148. Verhältniß desselben zu § 140. II 22.

c. Einspruch.

§ 155—160. Ungehorsamsurtheil und Einspruch. II 37. cfr. auch II 2.

§ 163, 160, 93. Zulässigkeit von Beweismitteln nach Ablauf der Einspruchsfrist. II 26. cfr. I 23.

4) Verfahren der ersten Instanz.

§ 190. Behändigung der Klage bei einem inkompetenten Gerichte. I 64. — Litispendenz. II 33.

Behändigung nicht erforderlich nach § 16 des Gesetzes vom 16. December 1843. II 28. cfr. II 13.

§ 196. Exceptio rei judicatae. I 1. Einrede der Voraus-

Digitized by Google

klage. I 24. Einrede der Verspätung. II 28. Einrede der Verjährung — der Dunkelheit. II 49.

§ 197. Anfang der Berufungsfrist wider Urtheile über dilatorische Einreden. I 56.

§ 239—241. Zulässigkeit von Beweismitteln die in den Einspruchsanträgen nicht benannt sind. II 37.

Zulässigkeit neuer Beweismittel, wenn ein Ungehorsamsurtheil in der Mitte liegt. II 58.

§ 243. 296. Neue Beweismittel in der Berufungsinstanz nach einem principaliter zugeschobenen Haupteide. I 25.

§ 244. Beweis zum ewigen Gedächtniß. Was muß bescheinigt werden? I 25.

§ 253. Kinder des Cridars als Zeugen. I 25.

§ 279. Sachverständige in der Berufungsinstanz. I 62.

§ 288. Eid des Cessionars. I 56.

§ 338. cfr. II 29.

§ 391. cfr. II 29.

5) Rechtsmittelverfahren.

a. Berufung.

§ 394. § 346. Zeitpunkt der Erhebung. cfr. I 6. I 8. I 50.

§ 401. cfr. auch § 197. 140. 397. 395. 3.
Bei dilatorischen Einreden. I 24. I 56.
Das Urtheil muß der Partei behändigt sein. I 30.
Bei Verfügungen, gegen welche auf besondern Antrag die sofortige Berufung gestattet wurde. I 57.
Einfluß des § 148. II 22.

§ 406. Behändigung der Berufungsanträge. — Partei. — Anwalt. — Litiskonsorten. I 5. I 7. I 11. II 35. II 54.

§ 418. Nova in der Berufungsinstanz.
Nothwendigkeit des Angebots neuer Beweismittel. I 22.
Ersetzung der Eidesdelation durch neue Beweismittel. I 25.
Neue Sachverständige. I 62. — Nach Veränderung des Beweissatzes. II 58.
Aenderung der Berufungsbeschwerden. II 19.

§ 428. Ungehorsamsurtheil in der Berufung. I 23. cfr. auch Einspruch. — Berufung im Conkurse Siehe unten.

b. Nichtigkeitsbeschwerde.

§ 431. Nr. 9. Verstoß gegen Rechtskraft. I 15.

Digitized by Google

§ 431 Nr 11. I 24.
§ 434 Nr. 3. Anfangspunkt des Fristenlaufs. II 27. Strafprozeßordnung § 215 und 216. Nothwendigkeit der Angabe eines bestimmten Nichtigkeitsgrundes. I 18. Adhäsion unzulässig. II 34.

6) Restitutionsklage.

cfr. § 448. II 33.

7) Wechselprozeß.

cfr. Wechselrecht. Klage aus einem Solawechsel in einem ordentlichen Prozesse. I 17.

8) Provokationsprozeß.

Folgen der Anmeldung für die bona fides. II 48.

9) Besitzprozeß.

§ 505. Einreden. II 55.

10) Zwangsvollstreckung.

§ 583. Intervention wegen verletzten juristischen Besitzes. II 56.

11) Conkursverfahren.

§ 619. 626. 629. Der Curator gegenüber den Separatisten und Vindikanten. — Nothwendigkeit, Vorzugsrechte schon bei der Anmeldung geltend zu machen. I 43a. pactum reservati dominii. I 43a.
§ 632 u. folgende. 641. 642. Berufung wider beweisauflegende Erkenntnisse. I 29. II 30.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Erste Abtheilung.

1855 — 1856.

1.

Zu § 196 der B. P.-O. ***Exceptio rei judicatae.***

Die zerstörlichen, proceßhindernden Einreden des früheren Proceßrechts, namentlich die *exceptio rei judicatae*, sind keine proceßbindende Einreden im Sinne des § 196 der bürgerlichen Proceßordnung.

II. Senat. Entscheidung v. 10. Januar 1855. Wiegand gegen Krönckeschen Vormund Hintze, wegen Theilung von Erbgeldern.

2.

Successionsrecht der Kinder des Meiers und Anerben im Fürstenthume Lüneburg und der Grafschaft Hoya.

Die Kinder des Meiers haben nach dem Lüneburgschen Successionsedicte im Anerbenrechte den Vorzug vor den Kindern des vor dem Meier verstorbenen Anerben.

II. Senat. Schritte gegen Stolte, wegen Herausgabe eines Hofes. 17. Mai 1854.

II. Senat. Dierking gegen Dierking, wegen Herausgabe eines Hofes. 18. December 1854.

II. Senat. Meine gegen Cohrs, wegen Herausgabe eines Hofes. 8. November 1848.

Die Kinder des verstorbenen Anerben haben nach dem Lüneburg-Hoyaschen Successionsedicte im Anerbenrechte den Vorzug vor den Kindern ersten Grades des Meiers.

I. Senat. Reinecke geg. Zurkamer, wegen der Hölter'schen Brinksitzerstelle zu Mellinghausen. 5. December 1854.

Digitized by Google

3.

Notherbrecht bei dem Testamente eines Meiers.

Das Testament eines Meiers, welcher seinen ältesten Sohn schon bei seinen, des Meiers, Lebzeiten kraft deutschrechtlichen Erbvertrages in den Besitz des Meierguts gesetzt hat, kann, wenn in demselben des geschehenen deutschrechtlichen Stellabtretungsactes Erwähnung geschehen ist, in Ermangelung einer gültigen Enterbung des ältesten Sohnes, nicht mit Berufung auf die römischrechtlichen Formvorschriften über Einsetzung von Notherben in Testamenten, sondern zutreffenden Falls nur mit der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils angefochten werden.

I. Senat. Nordholz gegen Nordholz, wegen Anerbenrecht. 29. Juni 1855.

4.

Zu § 94 der B. P.-O.
Bedeutung der Unterschrift eines Anwalts.

Die Nichtberücksichtigung des § 94 der Proceßordnung, nach welchem die für den Beklagten bestimmte Abschrift der Klaganträge von dem die Klage erhebenden Anwalte zu unterschreiben ist, berechtigt nicht zu dem Antrage, daß die Klage, als mangelhaft erhoben, in angebrachter Maaße abgewiesen werde.

I. Senat. Seemann gegen Golterman. 11. Juli 1855.

Die Nichtberücksichtigung des § 94 der Proceßordnung, nach welchem die dem Berufenen zuzustellende Abschrift der Berufungsanträge von einem Anwalte des Berufungsgerichtes zu unterzeichnen ist, berechtigt zu der verzögerlichen Einrede, daß die Berufung als mangelhaft zurückgewiesen werde.

II. Senat. Breide gegen Meyer, wegen Weide. 30. März 1855.

5.

Zu § 406 der B. P.-O.
Behändigung der Berufsanträge, wenn die Gegenpartei bereits einen Anwalt hat.

Die Bestimmung des § 406 der Proceßordnung:

Digitized by Google

„Die Berufungsanträge sind, falls der Gegner bei dem „Berufungsgerichte bereits einen Anwalt hat, diesem zu „behändigen,"

ist dahin aufzufassen, daß zur Erleichterung des Geschäftsganges die Behändigung an den Anwalt geschehen kann. Die Behändigung an die Partei selbst ist immer für zulässig zu halten.

I. Senat. Hattorf gegen Domanium, wegen Holzberechtigung. 23. Januar 1855.

6.

Zu § 346 der B. P.-O.

Ueber die obligatorische oder fakultative Bedeutung desselben bei Erhebung der Berufung.

Der § 346 der Proceßordnung wird vom I. Senate dahin ausgelegt, daß es in der Willkühr der Parteien steht, ob sie die Berufung gegen denjenigen Theil des Urtheils, welcher den spruchreifen Punct entscheidet, sofort oder erst nach Behändigung des auch im Uebrigen endlich oder bedingt endlich entscheidenden Urtheils verfolgen wollen.

Der II. u. III. Senat dagegen gestatten die Berufung nur gegen das endlich oder bedingt endlich erkennende Urtheil.

7.

Zu § 406 der B. P.-O. Siehe Nr. 5.

Die Vorschrift des § 406 der bürgerlichen Proceßordnung ist dahin auszulegen, daß, falls der Gegner beim Berufungsgerichte bereits einen Anwalt hat, die Berufungsanträge diesem behändigt werden müssen; und selbst dann ist eine andere und zwar auch die an den Anwalt erster Instanz zeitig geschehene Insinuation als ungültig anzusehen, wenn die Berufung unter die Vorschrift des § 401, 2, loc. cit. fällt.

Auch ist angenommen, daß die Gegenpartei bereits einen Anwalt bei dem Berufungsgerichte hatte, weil in derselben

Digitized by Google

Sache schon früher eine Berufung erhoben und verhandelt war, die jedoch längst ihre Erledigung gefunden hatte.

III. Senat. Rensen und Consf. gegen Schulte und Consf. 7. Juni 1855. Conf. Nr. 1. 5.

Zu § 346 der B. P.-O. Vergl. Nr. 6.

Nach richtiger Auffassung der Vorscheiften des § 346 der bürgerl. Proceßordnung ist gegen das Urtheil, welches über einen spruchfreien Punct des Rechtsstreites endlich entscheidet und über andere Puncte das Beweisverfahren eröffnet, eine sofortige Berufung nicht zulässig.

I. Senat. Pieper gegen Brandt, wegen Leibzucht. 12. September 1855. Conf. Nr. 1. 6.

9.

a. Anwendung des Lüneburgischen Successionsediktes auf Erbzinsgüter.

b. Bedeutung der Einrede, daß der Anerbe unfähig sei.

a. Das Lüneburgische Successionsedict von 1702 findet auf Erbenzinsgüter Anwendung, deren Hauptbestandtheil eine Wasser-Mühle ist.

b. Es findet Anwendung auf neu errichtete Erbenzinsgüter, auch wenn dieselben aus adlich freien Grundstücken gebildet sind, welche ihre Immunitäten behalten haben.

c. Die Behauptung des beklagten Besitzers eines Erbenzinsgutes, der die Herausgabe desselben fordernde Sohn des früheren Erbenzinsmannes sei unfähig, dem Erbenzinsgute vorzustehen, ist eine exceptio de jure tertii.

II. Senat. Greve gegen Greve, wegen Herausgabe einer Erbenzinsmühle. 6. September 1855.

10.

Nachbarrecht im Flecken Lehe.

Im Flecken Lehe und dessen Feldmark gilt gewohnheitsrechtlich der Retract aus dem Grunde der Nachbarschaft.

II. Senat. Sonntag gegen Schmidt, wegen Bei-

Digitized by Google

spruchs. 17. April 1855. Erkannt auf Grund eines ausführlichen Beweisverfahrens.

Auch der Retract aus dem Grunde der Verwandschaft ist in diesem Erkenntnisse als erwiesen angenommen.

11.

Vergl. § 406, 121, 33, 140 der B. P.-O. Behändigung der Berufungsanträge an Streitgenossen.

Nach § 406 u. 121 der Proceßordnung müssen die Berufungsanträge jedem einzelnen Streitgenossen behändigt werden, widrigenfalls die Berufung bezüglich derjenigen Streitgenossen, welchen die Anträge nicht behändigt sind, als nicht gehörig erhoben, unzulässig erscheint.

Das Gegentheil folgt weder aus den Bestimmungen des § 33, noch des § 140.

Ob dem nach § 33 zu erwählenden gemeinschaftlichen Vertreter mit Effect für alle Streitgenossen behändigt werden könne, hat damit nicht entschieden werden sollen.

II. Senat. Niebuhr u. Cons. gegen Domanium, wegen Beeinträchtigung. 14. Septbr. 1855.

12.

Zahlung an einen Vormund ohne obervormundschaftliche Genehmigung.

Die an einen Vormund ohne obervormundschaftliche Genehmigung erfolgte Zahlung eines verzinslich belegten Capitals ist als nichtig zu betrachten und liberirt deshalb den Schuldner nicht von der Forderung des Pupillen, es wäre denn, daß das Capital zum Besten des Pupillen verwendet worden.

II. Senat. Block gegen Hostmann, wegen Forderung. 27. September 1855.

13.

Anfechtung einer Hypothek durch die actio Pauliana.

a. Die Bestellung einer Hypothek für eine schon bestehende Forderung enthält keine Bereicherung des Gläubigers; ihre Anfechtung mittelst der actio pauliana ist daher, wie re-

Digitized by Google

gelmäßig bei dieser, durch die conscienta fraudis des Erwerbers bedingt.

b. Die fraus des Schuldners ist schon dann anzunehmen, wenn er bei Bestellung der Hypothek bereits den Entschluß gefaßt hatte, wegen Ueberschuldung seines Vermögens dieses seinen Gläubigern zu überlassen, oder wenn er auch nur erwartet hatte, daß es auf Grund seiner damaligen Insolvenz zum Concurse über sein Vermögen kommen werde.

c. Die conscientia fraudis auf Seiten des Gläubigers ist in diesem Falle alsdann vorhanden, wenn er diesen Entschluß oder diese Erwartung des Schuldners gekannt hat.

I. Senat. Warnecke u. Consl., Kläger, wider v. Reden und Consl., Bekl., wegen Priorität. 25. September 1855.

14.

a. Laesio enormis bei oneroſen Verträgen.

b. Bei Meierhofsannahme und Abfindungskontrakten.

a. Die ursprünglich nach Römischen Rechte nur bei Kaufgeschäften vorgeschriebene Verpflichtung beider Contrahenten, sich nicht über die Hälfte zu verletzen, findet nach jetzt geltendem gemeinen Rechte auf oneroſe Verträge überhaupt analoge Anwendung.

b. Bei Meierhofsannahme und Abfindungscontracten bilden indeß die Grundsätze des Deutschen Rechts die Hauptgrundlage, insbesondere besteht eine unbedingte Verpflichtung des antretenden Hofeswirths, sich eine Theilung des väterlichen Allodialnachlasses nach den Grundsätzen des Römischen Rechts gefallen zu lassen, nicht, vielmehr kommen die Verhältnisse des Hofes, insbesondere auch die Rücksicht auf die Erhaltung desselben an der Reihe als Maßstab für die Feststellung der Abfindung mitwirkend in Betracht.

Auf solche Contracte können daher die Grundsätze des Römischen Rechts über laesio enormis nicht zur Anwendung gebracht werden.

II. Senat. Schlöbohm gegen Rönner, wegen Erbschaft. 9. October 1855.

Digitized by Google

15.

Zu § 431 Nr. 9. d. B. P.-O. Verstoß gegen eine rechtskräftige Entscheidung.

Im § 431, Nr. 9. der Proceßordnung ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur dann für statthaft erklärt, wenn das angefochtene Erkenntniß gegen eine, in demselben Processe ergangene Entscheidung, also wider den in Rechtskraft übergegangenen Inhalt einer solchen anßößt, und es kann von einer Nichtigkeit im Sinne dieses §i. nicht die Rede sein, wenn der Richter unter Zugrundlegung der rechtskräftigen Entscheidung lediglich über deren Bedeutung einen Ausspruch *thut*.

Wenn daher der Richter einen rechtskräftigen Beweissatz für die Frage, was bewiesen werden müsse, für maßgebend erklärt, den Beweissatz aber irrig auslegt und demgemäß den Beweis für verfehlt oder erbracht erkennt, so findet eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht Statt.

Combinirter Cassationshof in einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Erkenntniß des III. Civilsenats. Eltern gegen Hülsen, wegen Weiderechts. 6. October 1855.

Comb. Cassationshof in einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Erkenntniß des III. Civilsenats. Strohle gegen Brünning, wegen Herausgabe eines Hofes. 20. October 1855.

In diesem letzteren Erkenntnisse ist hinzugefügt, daß durch eine unrichtige Interpretation des Beweissatzes gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß nur dann verstoßen werden könne, wenn die Bedeutung des Beweissatzes durch ausdrücklichen Ausspruch des Richters bereits rechtskräftig festgestellt sei, weil, hiervon abgesehen, die Interpretation des Beweissatzes durch den zur Entscheidung über die Beweisführung berufenen Richter eine nothwendige Vorbedingung der Entscheidung selbst sei.

Digitized by Google

16.

Successionsrecht bei freien Bauergütern in Wachendorf, (Herzogthum Arenberg-Meppen).

In Wachendorf und der Umgegend (Herzogthum-Arenberg-Meppen, vormals Münsterſches Gebiet) beſteht ein Herkommen, wonach auch bei freien Bauerngütern der älteſte Sohn, und wenn dieſer nicht fähig iſt, dem Erbe vorzuſtehen, der darauf folgende Sohn ein Anerbenrecht an das elterliche Colonat hat.

Erkannt auf Grund eines ausführlichen Beweisverfahrens. III. Senat. Brüning gegen Strohle, genannt Brüning, wegen Herausgabe eines Hofes. 7. Juni 1855.

17.

Klage aus einem Sola-Wechſel im ordentlichen Proceſſe.

Auf einen Sola-Wechſel kann im ordentlichen Proceſſe eine ſelbſtſtändige Klage gegen den Ausſteller des Wechſels nicht begründet werden, weil der Wechſel die causa debendi nicht enthält.

III. Senat. Heino gegen Dyes, wegen Forderung. 30. October 1855.

18.

Zu § 215 u. 216 der Strafproceßordnung. — Nothwendigkeit der Angabe eines beſtimmten Nichtigkeitsgrundes.

Nach § 216 der Strafproceßordnung iſt bei Einlegung der Nichtigkeitsbeſchwerde der geltend zu machende Nichtigkeitsgrund beſtimmt anzugeben. Es genügt daher nicht, wenn bei der Einlegung auf eine Nr. des § 215 daſelbſt Bezug genommen wird, welche mehrere Nichtigkeitsgründe enthält, und nicht zugleich zu erkennen gegeben iſt, ob dieſe ſämmtlich, oder welcher von ihnen geltend gemacht werden ſoll.

Aus dieſen Gründen wurde eine Nichtigkeitsbeſchwerde als nicht gehörig erhoben, zurückgewieſen, bei deren Einleg-

Digitized by Google

ung unter Bezugnahme auf Nr. 7 des § 216 der Strafproceßordnung als Nichtigkeitsgrund angegeben war, „daß die Strafe der Defraude erkannt sei, obgleich das Gesetz eine solche Strafe für die fragl. Handlung nicht bestimmt habe."

Comb. Cassationshof in Steuer-Contraventionssachen gegen den Branntweinbrenner Husemann in Stolzenau. 8. Juni 1855.

19.

Zu dem Verjährungsgesetze vom 22. November 1850.

a. Forderungen aus dem Großhandel.
b. Forderung der Ausländer.
c. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung.

Dem § 2 des Verjährungs-Gesetzes vom 22. September 1850 unterliegen auch die Forderungen aus dem Großhandel; nicht minder greift er rücksichtlich der Forderungen handeltreibender Ausländer Platz, auch wenn sie aus im Auslande geschlossenen Contracten originiren.

Das Anerkenntniß der Schuld oder die Bitte, um Zahlungsfrist, welche die Anerkennung eines Schuldverhältnisses im allgemeinen in sich faßt, unterbricht aber die noch laufende Verjährung.

II. Civilsenat. In Sachen Martens gegen Börger. 6. Februar 1855.

20.

Berechtigung des Staates aus Cautionen der Angestellten.

Die Dienst-Cautionen, für deren Bestellung die Königlichen Behörden im Interesse des Publikums Sorge zu tragen haben — hier handelte es sich um die Dienst-Caution eines Auctionators in Aurich —, werden dem Staate, nicht den individuell noch unbestimmten Dienstgläubigern bestellt.

Daher ist der Staat als Selbstcontrahent im Interesse der Dienstgläubiger aus solchen Cautionen Klage zu erheben berechtigt.

III. Civilsenat. In Sachen Landdrostei zu Aurich gegen Niemann. 13. October 1855.

Digitized by Google

21.

Richterliche Berücksichtigung der Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes ex officio.

Der Richter kann auf ein Rechtsgeschäft, welches so, wie es von den Parteirn vorgelegt worden, nach gesetzlicher Vorschrift ungültig ist, wenn auch diese Ungültigkeit von der Gegenpartei nicht dargelegt worden, eine Verurtheilung nicht basiren, und hat von richterlichen Amtswegen diese Ungültigkeit insbesondere dann zu beachten, wenn die Ungültigkeit, wiewohl aus einem unrichtigen Grunde behauptet ist.

I. Civilsenat. In Sachen Bissing gegen Beneke. 29. März 1855.

22.

Zu § 405 u. 418 der bürgerl. P.-O. Nothwendigkeit des Angebotes von Beweisen für nova in der Berufungsinstanz.

Das Angebot der Beweise für neue Thatsachen ist ein so wesentlicher Bestandtheil der Berufungs-Anträge, daß nova ohne dasselbe keine Berücksichtigung finden.

Im vorliegenden Falle wurden vom Berufungs-Kläger auch in der mündlichen Verhandlung keine Beweise angeboten; es kam demnach nicht zur Entscheidung der Frage, ob auch nach Ablauf der Berufungsfrist in der Audienz nachträglich noch Beweise mit Erfolg angeboten werden können.

I. Senat. Hammerschlag gegen Kirchhof. 31. October 1855.

23.

Zu § 428 u. 412 der bürgerl. P.-O. Einspruch im Berufungsverfahren.

Das Erkenntniß, wodurch beim Ausbleiben des Berufungs-Beklagten der Berufung auf den Grund der thatsächlichen Verhandlungen erster Instanz Statt gegeben ist, erscheint als Ungehorsams-Urtheil, gegen welches der Einspruch zugelassen werden muß.

I. Senat. Menze, Kläger gegen Sudmeier, Beklagten, wegen Erbschaft. 6. November 1855.

Digitized by Google

24.

a. **Zu § 196. Einrede der Vorausklage. S. Nr. 1.**

b. **Zu § 495, 3. u. 431, 11. Rechtsmittel wegen Verwerfung einer dilatorischen Einrede.**

a. Da nach § 196 der bürgerlichen Proceßordnung die den Beklagten von der Verhandlung der Hauptsache befreienden Einreden auf das Gebiet derjenigen verzögerlichen Einreden beschränkt sind, welche die processualischen Vorbedingungen für einen Rechtsstreit zum Gegenstande haben, so ist die Einrede der Vorausklage keine proceßhindernde Einrede *im* Sinne des § 196 der Proceßordnung.

Conf. Nr. I. 1.

b. Da das über verzögerliches Vorbringen des Beklagten entscheidende Urtheil nach § 395 Nr. 3 der Proceßordnung einer sofortigen Berufung unterliegt, so steht dem Beklagten, wenn derselbe sich nach Publication jenes Urtheils entfernte und nunmehr gegen ihn auf Antrag des Klägers ein Ungehorsams-Urtheil erlassen wurde, eine im Wege der Berufung geltend zu machende Beschwerde zu. Diese Beschwerde ist aber nur eine vorbehaltene, wenn das Ungehorsams-Urtheil nur einer vorbehaltenen Berufung unterliegt, z. E. auf Beweis erkennt.

c. Das Ungehorsams-Urtheil unterliegt aber nicht dem § 431 Nr. 11. weil dem Beklagten die Möglichkeit der Vertheidigung auf die Klage nicht entzogen, der Grund der unterbliebenen Vertheidigung vielmehr in seiner freiwilligen Entfernung aus dem Verhandlungs-Termine zu suchen ist.

II. Senat. Hogrefe gegen Pleſſe, wegen Forderung aus einer Bürgschaft. 26. October 1855.

25.

a. **Zu § 418, 243, 296 der bürgerl. P.-O. Neue Beweismittel in der Berufungsinstanz nach einem principaliter zugeschobenen Haupteide.**

b. **Zu § 253. Kinder des Cridars als Zeugen.**

a. Nach den §§243 u. 296 der bürgerl. Proceßord

nung kann ein principaliter zugeschobener und bereits acceptirter Eid auch in der Berufungs-Instanz nicht durch anderweitige Beweismittel ersetzt werden, wenn nicht die Bedingungen des §phi 242 Nr. 2. vorliegen, indem der § 418 nur das Vorbringen neuer Beweismittel behuf Begründung oder Bestreitung einer Beschwerde gestattet, eine solche aber, wenn der Beweisführer in erster Instanz sich auf die Eidesdelation beschränkt hat, durch das den Eid in deferirter Maaße wormirende Urtheil nicht zugefügt sein kann.

b. Die Kinder des Cridars sind in einem Processe des Curators gegen einen Schuldner der Masse nach § 253 der Proceß-Ordnung verwerfliche Zeugen.

II. Senat. Hornay gegen Ficke, wegen Contracts-Erfüllung. 9. November 1855.

26.

Umfang der Zunftrechte einer Tuchhändlergilde.

Der Schneider, welcher Tuch auf dem Lager hält, solches seinen Kunden zur Auswahl vorlegt und ihnen davon ein Kleidungsstück zu einem für Tuch und Arbeit accordirten Gesammtpreis liefert, verletzt dadurch keineswegs das ausschließliche Recht der Tuchhändler-Gilde zum Detailhandel mit Tuch.

III. Senat. Tuchhändler-Gilde zu Osnabrück, Klägerin, gegen Schneidermeister Poppe daselbst, Beklagten. 24. November 1855.

27.

Zu § 244 der bürgerl. P.-O. Beweis zum ewigen Gedächtniß. — Bescheinigung des befürchteten Verlustes.

In Berücksichtigung, daß nach § 244 der bürl. Proceß-Ordnung eine Bescheinigung des Grundes, aus welchem der Verlust des fraglichen Beweismittels befürchtet wird, nicht erforderlich ist, genügt zur Begründung eines Antrages auf Abhörung eines Zeugen zum ewigen Gedächtnisse die vom Producenten bestimmt aufgestellte Behauptung,

Digitized by Google

der fragliche Zeuge sei in der Art schwächlich, daß sein Verlust zu besorgen stehe.

I. Civilsenat. Jacob gegen Müller. 1. Septbr 1855.

28.

Recht an der nicht fällig gewordenen Abfindung bei Bauergütern.

Nach unstreitigen, bei Bauer-, namentlich Meiergütern, geltenden Grundsätzen verbleibt die nicht fällig gewordene Abfindung zu Gunsten des Hofesannehmers im Hofe.

Eben dies gilt, wenn die in einem deutsch-rechtlichen Abfindungs-Vertrage festgestellte Abfindung den Allodial-Erbtheil mit begreift.

II. Civilsenat. Mohrmann gegen Mohrmann. 8. November 1855.

29.

Zu § 632 folgende, 641, 642 der bürgerl. P.-O. Berufung wider beweisauflegende Entscheidungen im Concursverfahren.

Die unter den Gläubigern ohne Concurrenz des Curators verhandelten Prioritäts-Processe werden, nach Vorschrift der §§ 632 folgende der bürgerlichen Proceß-Ordnung, durch die darauf abgegebenen Entscheidungen auch dann endlich für die Parteien entschieden, wenn durch dieselben Beweise auferlegt werden, und unterliegen sie daher auch in diesem Falle der sofortigen Berufung.

Die Berufungsfrist beginnt, da eine ausdrückliche Abänderung der allgemeinen Vorschriften, wie sie nach § 636 daselbst zur Begründung einer desfallsigen Ausnahme erforderlich wäre, im § 641 daselbst nicht zu befinden ist, auch hier mit dem Tage der Behändigung.

Weil aber die Natur der auf Grund des § 642 daselbst einzuleitenden Special-Prozesse eine die Priorität bedingende Beweisauflage voraussetzen, von einer solchen aber überall nicht die Rede sein kann, bevor derjenige Proceß rechtskräftig entschieden worden, welcher den Zweck hat, zu bestimmen, ob

Digitized by Google

und welcher Beweis die Priorität bedingen soll, so liegt in dem Antrage auf Einleitung des Special-Processes der einen Partei und in dem Beitritt und der dadurch begründeten Streitgenossenschaft mit dem Curator der andern, wenigstens wenn ein Vorbehalt nicht gemacht ist, ein gegenseitiges, beide Theile verbindendes — und die Berufung ausschließendes — Anerkenntniß, daß der fragliche Beweis in der erkannten Weise die Priorität bedinge, wogegen weder die von der vorbehaltenen Berufung redende Bestimmung des § 396 ibid., noch der Umstand in Betracht kommen kann, daß die eine oder die andere Partei bei diesem dem Proceßgegner Rechte verleihenden Verfahren von einer irrigen Auffassung der Proceßgesetze über die Berufung ausgegangen ist.

II. Civilsenat. Grothaß gegen Schröder. 1. November 1855.

30.

Zu § 140 der bürgerl. P.-O. Es genügt Zustellung einer einfachen Copie des Urtheils.

Die Zustellung einer Abschrift, entnommen von einer einfachen Abschrift desjenigen Urtheils, gegen welches die Berufung verfolgt wird, ist genügend, um den Lauf der Berufungsfrist eintreten zu lassen. Demgemäß ist die Einrede der verspäteten Berufung für begründet zu erachten, wenn die Berufungserhebung nach dem Ablaufe der gesetzlichen, vom Tage der gedachten Behändigung zu berechnenden Frist nicht erfolgt ist.

III. Civilsenat. v. Hammerstein gegen Klefoth. 23. November 1855.

31.

Rechte des Anerben und dessen Geschwister rücksichtlich der Succession in freie Bauergüter des Fürstenthums Lüneburg — der Hof — Allodium — übriges Vermögen.

Rücksichtlich der Succession in gutsherrnfreie Bauergüter (solche, welche nicht erst durch Ablösung frei geworden) im

Digitized by Google

Lüneburgischen, sind in Beziehung auf Untheilbarkeit, auf Anerbenrecht und auf Erhaltung der Höfe, als reihepflichtige Stellen, die Grundsätze des Deutschen Rechts zur Anwendung zu bringen und nur unter diesen Modificationen den Geschwistern des Anerben erbrechtliche Ansprüche an den Hof nach Maßgabe des Bestandes desselben zur Zeit der Antretung zuzuerkennen;

wohingegen in Ansehung des außer der Stelle sammt Zubehör und Inventar nachgelassenen übrigen Vermögens eine gleiche Erbberechtigung für alle Kinder begründet ist.

Demgemäß erhält der älteste Sohn, resp. das älteste Kind, in Ermangelung anderweiter Regulirung des betreffenden Successionsfalles, den Hof, ist aber schuldig, den Geschwistern eine, dem mittlern Ertragswerthe des Hofes entsprechende Abfindung, vorbehältlich einer durch die Beschaffenheit desselben als Reihestelle etwa gebotenen, weiteren, Ermäßigung zu leisten,

auch das sonstige väterliche Vermögen mit seinen Geschwistern gleich zu theilen.

II. Senat. Lübers gegen Brandes, wegen Contractserfüllung und Vermögensauseinandersetzung. 22. November 1855.

22.

Rechte des Notherben bei dem Vorhandensein eines Erbvertrages.

Die Rechte des Notherben sind für den mit einer dritten Person abgeschlossenen Erbvertrag nur in sofern von Bedeutung, als sie durch den letzteren nicht beseitigt oder geschmälert werden können.

Die Rechte des Notherben bestehen, außer dem Anspruche auf Hinterlassung des Pflichttheils, nur darin, für den Fall der Errichtung eines Testaments entweder zu Erben eingesetzt, oder nur aus einem gesetzlichen Grunde enterbt zu werden. Einem Erbvertrage geht die Natur eines Testaments in sofern vollständig ab, als derselbe, abgesehen von

Digitized by Google

den contractlich dem Mitcontrahenten zu Gunsten dritter Personen gemachten Auflagen und Beschränkungen, überall nicht die Bestimmung hat, an dem Vertrage nicht betheiligte Personen direct zu Erben einzusetzen, oder zu enterben. Demnach kann der Notherbe den Erbeseinsetzungsvertrag niemals gänzlich, sondern nur bis zu dem Betrage seines gesetzlichen Pflichttheils beseitigen, wobei es auf die Frage, ob ihm wegen des Pflichttheils ein Erbrecht zugesichert sei oder nicht, nicht ankommt.

II. Civilsenat. Lampe gegen Dohrmann. 3. Juli 1855.

22.

Zu § 140 alinea 3 d. bürgerl. P.-O. Wesentlicher Inhalt der Behändigungsurkunde.

Die Vorschrift der alineae 3 im § 140 der bürgerlichen Proceßordnung, nach welcher bei der Behändigung richterlicher Verfügungen an die Proceß-Partei von dem Gerichtsvoigte des Umstandes, daß der die Partei vertretende Anwalt bei der Verkündigung des Urtheils zugegen gewesen sei, Erwähnung geschehen und dieses beurkundet werden soll, ist eine wesentliche. Ist sie bei der Behändigung solcher Urtheile, die der Berufung unterliegen, unbeachtet gelassen, so tritt der Lauf der Berufungsfrist nicht ein. Demgemäß kann der nach Ablauf von 2 Monaten seit dem Tage der Behändigung der fraglichen Art erhobenen Berufung die Einrede der Desertion nicht entgegengesetzt werden.

I. Senat. Schütz gegen Geitel. 1. Novbr. 1854.

24.

Gewohnheitsrecht (Herkommen) unanwendbar als Quelle subjectiver Rechte.

Das Wesen eines Gewohnheitsrechtes besteht in der Uebung eines Rechtssatzes oder einer Rechtsregel, wonach gewisse Personen in gewissen vorkommenden gleichartigen Verhältnissen und Beziehungen in der gemeinsamen Ueberzeugung, eine allgemeine bindende Norm zu befolgen, leben und

Digitized by Google

handeln, nicht aber in der fortgesetzten Ausübung und Anerkennung eines subjectiven Rechts oder einer individuell bestimmten Berechtigung. Mithin ist der Begriff eines Herkommens im Sinne eines Gewohnheitsrechts auf den Fall,

wo Kläger eine bestimmte privatrechtliche Holzgerechtigkeit der Königl. Domainen-Cammer, als Inhaberin bestimmter (geographisch begrenzter) Waldungen, gegenüber dadurch erworben haben will, daß andere — in gleichen Rechtsverhältnissen lebende Personen — dieselbe ohne Widerspruch stets in Anspruch genommen und aus demselben fraglichen Forsten das geforderte Holz erhalten haben sollen,

rechtlich unanwendbar.

I. Civilsenat. Bennefeld gegen Domainen-Cammer, wegen Leibzuchtholzes. 11. Juli 1855.

85.

Herkommen bei der Ausübung des Zehntrechtes.

Siehe Nr. 34.

In Erwägung, daß in Entstehung besonderer Rechtsgründe der Zehntherr eine Quote von den separirten Früchten beanspruchen, folgeweise auch verlangen kann, daß erst, nachdem die Kartoffeln gerodet, sein Antheil davon ausgeschieden werde;

in Erwägung jedoch, daß, wo nicht die Gesetze es verbieten, von obiger, aus der Natur der Sache und dem gemeinen, durch Particulargesetzgebung nicht abgeänderter Rechte abzuleitenden Regel durch Herkommen, wenn solches nur gerade die in Frage stehende Zehntflur umfaßt, eine Ausnahme herbeigeführt wird, weil jener Regel durch Consens der Betheiligten derogirt werden kann, nun aber das hier zum Beweise verstellte Herkommen eben darin besteht,

daß lange Zeit hindurch vom Berechtigten und Verpflichteten ein abweicheudes Verfahren bei der Zehntausscheidung in der Weise befolgt worden, daß darin

Digitized by Google

die gegenseitige Anerkennung desselben eben als rechtlich maßgebende Norm zu einer für den einzelnen Fall beliebten Abweichung von der rechtlichen Regel erblickt werden muß;

in Erwägung, daß die Beweisauflage eines solchen Herkommens um so mehr gerechtfertigt erscheint, als es sich im Wesentlichen um die Frage, ob die Zehntquote für den Zehntherrn von den Früchten, oder dem bestellten Lande vor der Separation der Früchte auszusondern, mithin um eine Modalität des Zehntzuges handelt, nun aber hinsichtlich dieser, wo nicht ausdrückliche Gesetze entscheiden, wie dies auch in der Bremischen Zehntordnung verschiedentlich anerkannt ist, auf das Herkommen und zwar um so mehr zurückgegangen werden darf, als die Modalität des Zehntzuges immer mehr oder weniger durch die übliche Art der Ernte bedingt wird, und bei den in dem alten Rechte unberücksichtigt gebliebenen Fruchtarten immerhin der Fall eintreten kann, daß der gemeinrechtliche Zehntzug von separirten Früchten überall nicht durchzuführen, oder wenigstens mit dem Interesse des Zehntherrn sowohl, als des Zehntpflichtigen nicht zu vereinigen ist.

II. Civilsenat. v. d. Decken gegen die Zehntpflichtigen zu Baden, wegen Ausrodung von Zehntkartoffeln. 9. October 1855.

36.

a. **Osnabrückſche Eigenthumsordnung v. 1722. cap. III. § 7. Rechte des Anerben an den Vermögen des Interimswirthes.**

b. Cap. XI. § 2 des gedachten **Geſetzes. Rechte des Eigenbehörigen an neu acquirirtem Grundbeſitze.**

Der auf Gewohnheitsrecht beruhende und in der Osnabrückſchen Eigenthums-Ordnung von 1722 Cap. VII. § 7 anerkannte Grundſatz:

„daß das Vermögen, welches der Interimswirth während der Interimswirthſchaft auf der Stätte erworben hat, der Stätte verbleibt, mithin den Anerben gehört,“

Digitized by Google

bezieht sich zwar auf die von dem Interimswirthe erworbenen Mobilien (baares Geld, Forderungen) und Immobilien, auf letztere jedoch nur in soweit, als auf sie der Begriff von Zubehörungen der bewirthschafteten Stätte paßt, also nicht auf den Erwerb einer ganzen Stätte.

III. Civilsenat. Böttinghaus geg. Böttinghaus, wegen der Rössingsstätte. 4. October 1853.

In eben diesem Erkenntnisse ist ausgesprochen:

Die im Cap. XI. § 2 der Osnabrückschen Eigenthums-Ordnung enthaltene Vorschrift:

„Was ein Eigenbehöriger an fremden Gründen, woran das Prädium keine Anwaltschaft hat, von Neuem erwirbt, das acquirirt er dem Erben, doch steht es ihm frei, solches bei seinem Leben wieder zu verbrauchen,"

kann nur von Stückländereien, nicht aber von selbstständigen Stätten oder Colonaten verstanden werden.

27.

a. Bedeutung des verzinslichen Stehenbleibens des Kaufpretii.

b. Verbindlichkeit des Verkäufers beim Vorhandensein von Hypotheken. Einrede der Retention darauf gestützt.

Die Contracts-Bestimmung, daß ein Theil des Kaufpretii verzinslich stehen bleiben soll, involvirt keine Verwandlung des rückständigen Kaufpretii in ein Darlehn.

Es gehört zu den Verbindlichkeiten des Verkäufers, die verkaufte Sache von den darauf haftenden, dem Käufer unbekannt gebliebenen Lasten zu befreien, und kann, bis Verkäufer dieser Verbindlichkeit nachgekommen ist, eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises mit Erfolg von ihm nicht angestellt werden.

Die Einrede der Retention, die sich auf das Dasein von hypothekarischen Ansprüchen auf das Kaufobject stützt, ist nicht auf den diese Ansprüche ausgleichenden Theil des Kaufpretii beschränkt;

Digitized by Google

auch nur durch das Bestehen der Ansprüche, nicht auch durch das Nichtdasein von Einreden, welche möglicher Weise von dem Käufer der gegen ihn anzustellenden Klage opponirt werden können — exceptio excussionis, bedingt.

II. Civilsenat. Dornbusch gegen Lieseberg, wegen Forderung. 18. October 1853.

38.

a. Uebertragung des Anerbenrechts auf einen entfernter Berechtigten.

b. Präsumtion für die Fortdauer der Persönlichkeit.

1. Wenn der Anerbe, auch vor geschehener Delation des Anerbenrechts, solches seinen entfernter berechtigten Miterben überträgt, so kann diese Uebertragung von den näher berechtigten Miterben nicht angefochten werden.

2. Auch streitet, wie für die Fortdauer der Rechte überhaupt, so auch für die Fortdauer des Rechts auf Persönlichkeit, folglich für die davon untrennbare Persönlichkeit selbst, die Vermuthung so lange, bis gleich starke Gegenvermuthungen, z. B. aus der muthmaßlichen Lebensdauer der Individuen, eintreten, weshalb bis zum Beweise, des Gegentheils anzunehmen steht, daß der Anerbe die Delation des Anerbenrechts erlebt habe.

III. Senat. Ahaus gegen Ahaus, wegen Räumung der Ahaus-Stätte. 22. Januar 1856.

39.

Alimentationsverpflichtung des per subsequens matrimonium legitimirten Sohnes.

Die gegenseitige Alimentationspflicht zwischen Vater und Sohn hat ihren Grund nicht in der väterlichen Gewalt, sondern in der Blutsverwandtschaft.

Zwischen dem Vater und dem unehelichen Sohne bestehet im Rechtssinne keine Verwandtschaft.

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe bewirkt in Ermangelung einer der Ehe beizulegenden, rückwirkenden Kraft

Digitized by Google

hierin rücksichtlich des nur durch die Geburt seine Begründung findenden, gegenseitigen Alimentationsrechts keine Aenderung, weil sie nur bewirkt, daß der Legitimirte in Folge der eingegangenen Ehe und von da an dem legitim Geborenen gleich gestellt wird.

Pflichten, welche nicht schon durch Blutsverwandtschaft begründet sind, können dem zu legitimirenden Sohne durch die einseitige Handlung seines unehelichen Vaters nicht auferlegt werden. Zu diesem Ende ist vielmehr der Natur der Sache nach die Zustimmung des Sohnes ebenso erforderlich als in den Gesetzen solche behuf Begründung der väterlichen *Gewalt* als erforderlich bezeichnet ist.

Aus diesen Gründen kann der dürftige Vater, welcher die Mutter seines unehelichen Sohnes geheirathet hat, von seinem wohlhabenden Sohne keine Alimente verlangen, es wäre denn, daß dieser seine Zustimmung zu der Legitimation gegeben hätte.

II. Senat. Banß gegen Banß, wegen Alimente. 8. Februar 1856.

40.

a. Rechtliche Stellung des Staates als Unternehmer der Landeslotterie.

b. Umfang des dem Fiscus zustehenden Pfandrechtes an dem Vermögen seiner Contrahenten.

Unter Fiscus ist der Staat als Subject von vermögensrechtlichen Verhältnissen zu verstehen. Nach den von dem Königlichen Finanzministerio veröffentlichten Plänen und Avertissements muß der Staat als Unternehmer der Landes-Lotterie, eines solchen vermögensrechtlichen Verhältnisses, betrachtet werden. Nach eben diesen Avertissements sind die mit der Lotterie-Direction beauftragten Personen, sowohl Spielern als Collecteurs gegenüber als solche bezeichnet, wodurch der Staat mit ihnen contrahirt.

Die Forderungen der Lotterie-Direction gegen einen

Digitized by Google

Lotterie-Collecteur aus Verabfolgung von Lotterie-Loosen ist daher eine Contracts-Forderung des Fiscus und durch das dem Fiscus zustehende privilegirte Pfandrecht gesichert. Ein generelles, privilegirtes Pfandrecht des Fiscus an dem Vermögen seiner Contrahenten ist in den Rechten nicht begründet, vielmehr beschränkt sich das privilegirte Pfandrecht des Fiscus auf die nach Abschluß der betreffenden Contracte erworbenen Gegenstände.

Dagegen steht dem Fiscus ein allgemeines gesetzliches, jedoch nicht privilegirtes Pfandrecht an dem Vermögen seiner Contrahenten überhaupt zu.

II. Senat. Lotterie-Direction zu Hannover gegen die Günter'schen Erben. 20. Juni 1853.

41.

Succession in Meiergüter des Fürstenthums Lüneburg aus der Person des vor Annahme der Stelle, jedoch nach seinem Vater, verstorbenen Anerben. Cfr. auch Nr. 2.

Der Vollhöfner Prink zu Eyendorf, Besitzer einer durch Ablösung frei gewordenen Meierstelle, war zwei Mal verheirathet und hatte aus erster Ehe eine Tochter, aus zweiter Ehe einen Sohn und zwei Töchter. Er errichtete bei Eingehung der zweiten Ehe eine Ehestiftung, in welcher die Tochter erster Ehe als Anerbin bezeichnet wurde, wogegen, falls ein Sohn geboren werden würde, dieser als Anerbe der Stelle bezeichnet wurde.

Der Sohn zweiter Ehe überlebte zwar seinen Vater, starb aber kurz nach dessen Tode in einem Alter von 12 Jahren, erreichte mithin ein solches Alter nicht, daß er zur Annahme der väterlichen Stelle fähig gewesen wäre.

In diesem Falle gebührt der Hof den Töchtern zweiter Ehe, weil die Nachfolge in Meiergüter sich als Singular-Succession darstellt und dem zu Folge der dazu Berufene, sobald der Successionsfall eröffnet ist, ipso jure eintritt und aufhört bloßer Anerbe zu sein;

Digitized by Google

weil das Anerbenrecht vermöge des Edicts vom 19. Mai 1702 sich auf die Kinder des Meiers beschränkt und bei der correctorischen Natur dieses Gesetzes auf Seiten-Verwandte nicht auszudehnen ist;

weil demzufolge dem Sohne, nicht dem Vater succedirt wird, die Successions-Ordnung auch nach gemeinem Recht das Successions-Recht nach den Regeln der Singularnachfolge regulirt und vollbürtige Geschwister den halbbürtigen vorgehen;

weil endlich der Umstand, daß der Anerbe, richtiger Colon, in der Unmündigkeit verstarb, ohne Einfluß ist, da dem Gutsherrn bei der Descendenten-Folge die Möglichkeit nicht zusteht, dem Anerben das erworbene Recht zu entziehen.

II. Senat. Prink gegen Prigge, wegen Succession in den Prink'schen Hof. 4. Januar 1856.

42.

Succession von freigekauften Eigenbehörigen bei eigenbehörigen Höfen der Grafschaft Hoya.

In Ermangelung der Behauptung und des Beweises eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechts ist anzunehmen, daß bei eigenbehörigen Höfen in der Grafschaft Hoya, welche durch Meierbriefe ausgethan sind, die Bestimmung des § 135 der Ablösungs-Ordnung, wornach Abkömmlinge von eigenbehörigen Höfen, welche vor Aufhebung der Eigenbehörigkeit freigekauft sind, nach erfolgter Befreiung des Hofes nur in dem Falle ein Erbrecht an demselben geltend machen können, wenn Niemand vorhanden, der aus der früheren Zeit zur Erbfolge berechtigt ist, Anwendung nicht findet.

I. Senat. Menze gegen Submeier. 16. Januar 1856.

43.

Incompetenz der Gerichte zur Aufhebung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden.

Der § 10 der Zusatzbestimmungen zum Landesverfassungsgesetze vom 5. September 1848 ist jetzt aufgehoben.

II. Senat. Rolfs zu Bremervörde, Kläger, gegen

Digitized by Google

Landdrostei zu Stade, Beklagte, wegen Störung. 7. Februar 1856.

41.

Zu § 140 der bürgerl. P.-O. Siehe Nr. 33.

Die dem § 140 der Proceßordnung zuwider in der Behändigungsurkunde eines, der sofortigen Berufung unterliegenden Urtheils nicht erfolgte Erwähnung des Umstandes, daß der Anwalt bei Verkündigung des Urtheils zugegen gewesen, kann auf die Rechtsbeständigkeit des Acts der Zustellung und folglich auf den Lauf der Frist keinen Einfluß haben.

II. Senat. Havemann gegen Knabbe, wegen Herausgabe eines Grundstücks. 11. Januar 1856.

42. a

a. Pfandrecht der jüdischen Ehefrau wegen ihrer dos. b. Bedeutung des § 6 des Landesverfassungsgesetzes für das Privatrecht.

Die Novelle 109 kann recht wohl dahin verstanden werden, daß auch der jüdischen Ehefrau, Pfandgläubigern ihres Ehemannes gegenüber, ein Vorzugsrecht wegen ihres eingebrachten Brautschatzes nicht mehr zustehen solle, und bei der jedenfalls anzuerkennenden Zweifelhaftigkeit des eigentlichen Sinnes des fraglichen Gesetzes darf und muß nach lex 38 D. de legibus entscheidendes Gewicht auf die constante Praxis der Landes-Justiz-Collegien gelegt werden, wonach jüdischen Ehefrauen das Privilegium des Brautschatzes nicht zusteht.

Die Bestimmung des § 6 des Landesverfassungsgesetzes, daß die Ausübung der politischen und bürgerlichen Rechte von dem Glaubensbekenntnisse unabhängig sein solle, ist dahin nicht aufzufassen, daß in Folge dieses Verfassungsgrundsatzes die verschiedenen bürgerlichen Rechte selbst ohne Weiteres verändert sein sollen, weshalb eine jüdische Ehefrau auf Grund dieser Verfassungsbestimmung ein besonderes Brautschatzprivi-

Digitized by Google

legtum nicht in Anspruch zu nehmen vermag, wenn dasselbe nicht schon anderweitig gesetzlich begründet war.

II. Senat. Löwenberg gegen Overbeck, wegen Priorität. 8. Februar 1856.

43. a

Zu § 616, 626 u. 629 der bürgerl. P.-O.

a. Verhältniß des Curators und der Vindikanten und Separatisten im Conkurse.

b. Nothwendigkeit einer Geltendmachung von Prioritätsrechten bei der Anmeldung.

a. Nach gemeinrechtlichen Principien kann die Frage, was zur Masse gehört, beziehungsweise nicht gehört, lediglich den Gegenstand eines Rechtsstreites zwischen dem Curator und demjenigen, welcher einen Vermögensbestandtheil als nicht zur Masse gehörig in Anspruch nimmt, bilden,

während eine Prioritätsklage stets voraussetzt, daß die streitenden Parteien beide die Stellung eigentlicher Concursgläubiger einnehmen, worin auch dadurch keine Aenderung herbeigeführt wird, daß die Entscheidung über die von Vindikanten und Separatisten verfolgten Ansprüche, wie solches gewöhnlich geschieht, in das Prioritätserkenntniß aufgenommen wird.

Diese Grundsätze haben durch die bürgerliche Proceßordnung keine Aenderung, sondern eine Bestätigung gefunden, denn die Vorschriften über die Passivmasse beziehen sich nach § 626 nur auf die Forderungen derjenigen, welche aus der Concursmasse Befriedigung verlangen.

Diese wird nach § 619 aus dem, dem Cridar zur Zeit der Eröffnung des Concurses zuständigem Vermögen gebildet, und die auf die Frage, was dazu zu rechnen, sich beziehenden Maßregeln gehören, als die Activmasse betreffend, lediglich zum Wirkungskreise des Curators, des Concursgerichts und des Gläubigerausschusses, während den Gläubigern weitere, als die ihnen im § 622 eingeräumten Befugnisse nicht zustehen.

Digitized by Google

Eine Entscheidung des Prioritätsurtheils, wodurch einem Gläubiger für seine Forderung aus dem Privilegium der Erbgelder oder aus einem vorbehaltenen Eigenthumsrechte ein Separationsrecht zuerkannt ist, kann daher nicht mit einer Prioritätsklage angefochten werden.

b. Nach § 629 der Proceßordnung sind Vorzugsrechte, welche bei der Anmeldung nicht in Anspruch genommen sind, auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie später geltend gemacht werden und weder der Curator, noch einzelne Gläubiger die Verspätung der Geltendmachung gerügt haben.

II. Senat. Lüders und Conf. gegen Langener's Erben, wegen Priorität. 15. Februar 1856.

44. a

Bedeutung des pactum reservati dominii im Concurse.

Siehe Nr. 43 a.

Derjenige Profitent, welcher zum Zweck der Befriedigung seiner angemeldeten Forderung ein pactum reservati dominii in Beziehung auf in der Concursmasse befindliche Gegenstände geltend macht, verfolgt in der That nur ein die Priorität seiner Forderung bezielendes Absonderungsrecht im Sinne des § 3 der Verordnung vom 3. Mai 1829 und ist und bleibt als Separatist in der eigentlichen Bedeutung unter allen Umständen Concursgläubiger, da derselbe principaliter nur wegen seiner Forderung Befriedigung zu verlangen berechtigt ist und nicht etwa, wie ein eigentlicher Vindicant, ohne alle Rücksicht auf den Ausgang des eingeleiteten Concursverfahrens vom Curator Herausgabe der sub pacto reservati dominii dem Cridar übergebenen Objecte in natura begehren, auch nicht ohne Rücksicht auf den Betrag seines professi den vollen Verkaufswerth beanspruchen, sondern nur eine abgesonderte Befriedigung aus den sub pacto reservati dominii an den Cridar oder dessen Rechtsvorgänger veräußerten Gegenständen den nicht gleichmäßig separationsberechtigten sonstigen Concursgläubigern gegenüber verlangen kann.

Digitized by Google

Die Aberkennung eines Separationsrechtes ex pacto reservati dominii begründet daher gegen die vorlocirten Gläubiger die Prioritäts-Klage gegen das Prioritäts-Erkenntniß.

I. Senat. Oberg gegen Brockmann, wegen Priorität. 5. März 1856.

45.

Erbloosung in der Grafschaft Plesse.

In der Grafschaft Plesse gilt gewohnheitsrechtlich die Erbloosung.

I. Senat. Ernst gegen Waldmann, wegen Näherrechts. 16. November 1856.

46.

Successionsrecht der Meierkinder des Gutes Sandbeck und im Amte Osterholtz.

Rücksichtlich der Meier des Gutes Sandbeck gilt das Gewohnheitsrecht, daß, wenn bloß Töchter des letzten Meiers vorhanden sind, und dieser eine anderweitige gutsherrlich genehmigte Disposition nicht getroffen hat, der jüngsten Tochter das Anerbenrecht auf die erledigte Meierstelle zustehe.

II. Senat. Kleymann gegen Knopp, wegen Erbschaft. 1. Mai 1856.

Bei der Beweisführung, auf welche sich die obige Entscheidung stützt, haben sich erhebliche Momente dafür herausgestellt, daß rücksichtlich der Meierhöfe des Guts Sandbeck in Ermangelung anderweiter Disposition die Söhne vor den Töchtern und die jüngern Söhne vor den älteren den Vorzug haben, und daß im Amte Osterholz ein gleiches Gewohnheitsrecht, wie bezüglich der Meier des Guts Sandbeck, Geltung hat.

47.

a. **Begriff der Abfindung nach der Calenbergischen Meierordnung.**

b. **Verpflichtung des Hofannehmers als eines Universalsuccessors.**

Demjenigen Kinde des Inhabers eines Meierhofes, wel-

Digitized by Google

ches den väterlichen Hof nicht erhält, gebührt nach der Calenbergschen Meierordnung, Cap. 6, eine Abfindung von dem auf den Hofsannehmer übergegangenen Allodium. Die Abfindung ist nach den Bestimmungen des Gesetzes als das Resultat einer Civiltheilung der Allodial-Erbschaft anzusehen, in Folge deren der Hofsannehmer die Gegenstände des Nachlasses mit der Verpflichtung, allein den Erblasser dessen Gläubiger gegenüber zu repräsentiren, der Abgefundene aber ein Bestimmtes, als Aequivalent seines Antheils an dem Ueberschusse des allen Erben zufallenden Vermögens empfängt. Die Annahme des Hofes mit dem darin befindlichen Allodium enthält die Antretnng der Erbschaft und begründet gegen den Hofesannehmer die daran geknüpften, auf dem Gesetze beruhenden Verpflichtungen. Der Hofesannehmer kann sich den hiernach begründeten Verpflichtungen aus dem Grunde nicht entziehen, weil er später den Hof abgetreten und veräußert hat.

Die abfindungsberechtigten Meierkinder und die Gläubiger des Meiers können sich daher an den Annehmer der Stelle wegen ihren Abfindungen, resp. Forderungen halten, auch wenn der Annehmer den Hof später verkauft hat.

I. Senat. Zieseniß gegen Flebbe, wegen Forderung. 20. Februar 1856.

48.

a. Succession in Meiergüter der Grafschaft Hoya.

Siehe Nr. 2.

b. Einfluß der Annahme einer Abfindung auf das Anerbenrecht.

a. Nach richtiger Auffassung der Constitution vom 29. Januar 1710 hat das Kind der vor dem Meier verstorbenen ältesten Tochter bezüglich der Succession in den Meierhof den Vorzug vor der zweiten Tochter des Meiers, und erwirbt das ihm deferirte Anerbenrecht ipso jure.

b. In der Annahme einer, für das minderjährige Kind der ältesten Tochter in der Ehestiftung der zweiten Tochter, wodurch dieser der Hof mit gutsherrlicher Genehmigung zu-

Digitized by Google

gesichert wurde, verschriebenen Abfindung Seitens des Vaters desselben liegt kein dem Kinde präjudicirender Verzicht auf das diesem bereits erwobene Anerbenrecht.

I. Senat. Kirchbeck gegen Freye, wegen eines Hofes. 24. Januar 1856.

49.

Rechte des Ehemannes an dem zugeheiratheten Meiergute.

Es ist als feststehende Norm des Meierrechts anzuerkennen, daß der mit gutsherrlicher Genehmigung aufheirathende Ehemann in Bezug auf die Ausübung der Rechte des Meiers für seine Lebensdauer dem durch Erbrecht, Kauf u. s. w. zu dem Hofe gelangenden Meier im Wesentlichen und namentlich in der Beziehung gleich steht, daß Gutsherr und Gläubiger sich wegen der unter seiner Verwaltung vorgenommenen Handlungen und gemachten Schulden an das von seiner Ehefrau ihm zugeheirathete Gut zu halten befugt sind.

Diese Norm lehnt sich an das dem deutschen Rechte angehörige und den Verhältnissen der Landleute vorzugsweise entsprechende Institut der s. g. formalen Gütervereinigung an, findet aber ihre selbstständige Begründung in der gewohnheitsrechtlichen, resp. gesetzlichen Gestaltung des Meierrechts. Einem auf ihre Geltung gerichteten Willen des Gesetzgebers fehlt es namentlich in der Calenbergischen Meierordnung nicht an einem genügenden Ausdrucke.

Jene Berechtigung des Ehemannes fordert keinen völligen Uebergang der Rechte seiner Ehefrau auf ihn. Ihre Anerkennung kann also auch nicht dadurch erschüttert werden, daß in neuerer Zeit zur Anerkennung gekommen ist, das Meierrecht knüpfe jene Wirkung nicht an die Zuheirathung des Meierguts, vielmehr sei unerachtet der letzteren ein Intestaterbrecht in Bezug auf das Meiergut von der Frau abzuleiten und dem Ehemanne stehe nicht die Befugniß zu, solches durch Dispositionen von Todeswegen zu vereiteln.

Es können sich daher Gläubiger, deren Forderungen von

Digitized by Google

dem aufgeheiratheten Ehemann, während seiner Verwaltung des Meierguts begründet sind, behuf ihrer Befriedigung an das Meiergut halten, und dasselbe wegen solcher Forderungen eintretenden Falls im Wege der Execution verkaufen lassen, ohne daß der Ehefrau eine Interventionsbefugniß zustände.

I. Senat. Duensing gegen Duensing, wegen Vindication der Brinksitzerstelle Nr. 24. 7. März 1856.

50.

Zu § 346 u. 112 der bürgerl. P.-O. Siehe Nr. 6-8.

Der § 346 der Proceßordnung wird durch den § 112 derselben nicht beschränkt.

Wenn daher auf Grund der letzteren Bestimmung die Ausscheidung einzelner Streitpuncte in erster Instanz verfügt wird, so ist die Berufung erst dann statthaft, wenn auch über die ausgesetzten Puncte endlich oder bedingt endlich entschieden ist.

III. Senat. Blecker gegen Jacobs Erben. 25. März 1856.

51.

a. Dispositionsbefugniß bei abgelösten Höfen. b. Bedeutung des Mangels der regiminellen Genehmigung zur Veräußerung von Pertinenzien eines abgelösten Hofes.

a. Die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers über die in Folge der Ablösungsgesetze frei gewordenen Höfe unterliegt den Beschränkungen, welche in dem betreffenden Landestheile für durch Kauf gutsfrei gewordene Höfe bestehen, da es keinen Unterschied begründen kann, ob dieser Ankauf in Folge der Ablösungsgesetze auch gegen den Willen der Gutsherrschaft hat herbeigeführt werden mögen.

b. Der Mangel der regiminellen Genehmigung zu der Veräußerung eines zu einem abgelöseten Hofe gehörigen Pertinenzes macht dieselbe, weil nicht vorausgesetzt werden kann, daß die Contrahenten die Umgehung der gesetzlichen Bestim-

Digitized by Google

mung beabsichtigt haben, zwar nicht nichtig, eine Klage auf Anerkennung eines solchen nicht genehmigten Contracts vor der Obrigkeit kann darauf indeß so wenig, als eine Klage auf Beantragung der regiminellen Genehmigung gegründet werden, wenn nicht der Contract hierüber besondere Bestimmungen enthält, vielmehr kann nur von demjenigen Contrahenten die regiminelle Genehmigung eingeholt werden, welcher die Beseitigung des der Veräußerung entgegenstehenden Hindernisses seinem Interesse für angemessen erachtet.

II. Senat. Haase gegen Müllers Erben. 2. April 1856.

52.

Näherecht eines mit Dotalgrundstücken Benachbarten.

Derjenige, welcher mit Dotalgrundstücken einem verkauften Grundstücke benachbart ist, kann das Retractrecht ex jure vicinitatis geltend machen.

II. Senat. Finke gegen Osterndorf, wegen Beispruchs. 2. April 1856.

53.

a. Tit. 1. § 8 des Bremenschen Ritterrechts — unanwendbar auf Seitenverwandte im Allgemeinen.

b. Rechte des Richters bei der actio familiae herciscundae hinsichtlich der Immobilien.

a. Die im Ritterrechte des Herzogthums Bremen Tit. I. § 8 enthaltene Vorschrift, daß, wenn der Erblasser von väterlichen und mütterlichen Halbgeschwistern zugleich beerbt werde, das väterliche Vermögen auf jene, das mütterliche Vermögen auf diese fallen solle, enthält eine Einführung des im Deutschen Rechte hie und da vorkommenden Recadenz-Rechts überall nicht, vielmehr lediglich eine gesetzliche Sanctionirung der früheren, ganz allgemeinen Praxis, nach welcher auf Grundlage der in dieser Anwendung im neuesten Justinianischen Rechte freilich bestrittenen lex 13, § 2 C de legit heredibus, VI. 58, die consanguinei das väterliche, die uterini das mütterliche Vermögen voraus erhalten. Das Ritterrecht

Digitized by Google

schließt sich vielmehr, abgesehen von den Bestimmungen desselben über Erbstammgüter, den Grundsätzen des Römischen Intestaterbrechts an, und ist daher die Vorschrift des Tit. I. § 8 namentlich nicht auf Seitenverwandte überhaupt auszudehnen.

b. Aus den rücksichtlich der Befugnisse des Erbtheilungsrichters in den Römischen Rechtsquellen enthaltenen vielfachen Entscheidungen ergiebt sich der Grundsatz, daß in Ermangelung eines Einverständnisses unter den Interessenten die Art und Weise der Auseinandersetzung in Ansehung der Immobilien lediglich dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters überlassen bleibt.

II. Senat. von d. Wisch, geg. v. Voß, wegen Erbschaftstheilung. 22. April 1856.

54.

a. **Natur der Klage auf Schutz eines ausschließlichen Gewerberechtes.**

b. **Requisite der unvordenklichen Verjährung.**

a. Die Klage auf Schutz eines ausschließlichen Gewerberechts ist dinglicher Natur.

b. Bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung genügt zur Erbringung des directen Gegenbeweises der Beweis nicht, daß zu einer bestimmten, in der Vergangenheit liegenden Zeit ein anderer rechtlicher Zustand bestanden habe, sondern es ist Aufgabe des Gegenbeweises, eine unrechtmäßige, mit dem in die letzten zwei Menschenalter fallenden Zustande in Causalzusammenhange stehende Entstehung nachzuweisen.

c. Bei einem Verhältnisse, bei dem der äußeren Erscheinung nach nur Handlungen der freien Willkühr in Frage stehen, sind bloße Thatsachen völlig ungenügend, um aus dem Ablaufe der unvordenklichen Zeit einen Rechtszustand abzuleiten; es muß vielmehr etwas hinzutreten, wodurch das Verhältniß sich als ein Rechtszustand characterisirt.

II. Senat. Hafenführeramt gegen Böterschifferamt, wegen ausschließlicher Berechtigung. 15. April 1856.

Digitized by Google

55.

a. Lehnstheilung unter gleichberechtigten Lehnsfolgern. Verbindlichkeit derselben für die Descendenten.

b. Im Voraus geschehener Verzicht auf die Anfechtung wegen laesio enormis.

a. Nach unzweifelhafter Vorschrift des gemeinen Lehnrechts können gleichberechtigte Lehnsfolger, welche nicht in Gemeinschaft eines erworbenen Lehns bleiben wollen, das Allen angefallene Lehen Einem unter ihnen ungetheilt überlassen.

Es sind derartige Lehnstheilungen ohne Rücksicht auf die Natur der den Abtretenden etwa stipulirten Abfindung für die Descendenten des Abtretenden verbindlich und bleiben die Descendenten des Abgefundenen bis zum Abgange der Linie, welche zum Besitz des Lehns gelangt ist, von der Succession ausgeschlossen.

Diese Bestimmungen des gemeinen Lehnrechts über Lehnstheilungen haben in dem Gesetze vom 13. April 1836 § 28 eine Abänderung nicht gefunden, sind vielmehr außerhalb des Gebiets dieses Gesetzes geblieben, weil in dem Eingange des § 28 die Entscheidung einer dort näher präcisirten Streitfrage des gemeinen Lehnrechts als Gegenstand der zutreffenden Vorschriften angekündigt und schon aus diesem Grunde die in dem Nachfolgenden dieserhalb gegebenen Vorschriften selbst lediglich auf die behandelte Streitfrage und was mit ihr im nächsten Zusammenhange steht, zu beziehen sind, diese Beziehung auch aus dem ganzen Zusammenhange der nachfolgenden Bestimmungen unverkennbar sich ergiebt, und erhebliche Anhaltspuncte für die Annahme, daß in dem fraglichen Gesetze Bestimmungen über Lehnstheilungen unter mehreren Miterben in dem Sinne, daß die Descendenten der theilenden Miterben, welchen der Naturalbesitz des Lehns nicht zugefallen, daran nicht gebunden, weder in dem allgemeinen Character des Gesetzes, noch insbesondere in den Worten des § 28 Nr. 2 anzutreffen sind.

Wenn daher ein Lehn von mehreren Vasallen dergestalt

Digitized by Google

getheilt wird, daß Einem das ganze Lehn, den Uebrigen aber Capitalabfindungen und erbliche Apanagen zugetheilt werden, so sind die Descendenten der Letzteren an eine solche Lehnstheilung gebunden und können nach dem Absterben der Ascendenten, welche die Theilung abgeschlossen, von dem besitzenden Vasallen die Einräumung des Naturalbesitzes des Lehns zu ihrem Antheile nicht verlangen.

b) Die im Voraus geschehene specielle Verzichtleistung auf Recussion eines Vertrages wegen laesio enormis ist völlig wirksam.

I. Senat. v. Alten gegen v. Alten, wegen 1/3 des Lehnguts Dunau. 7. Mai 1856.

56.

Zu § 197, 140 u. 141 der bürgerl. P.-O. Anfang der Berufungsfrist bei Urtheilen über verzögerliches Vorbringen. — Eid des Cessionars.

a. Die Berufungsfrist gegen obergerichtliche Erkenntnisse, wodurch verzögerliche Einreden verworfen werden, dauert 3 Wochen von der Verkündigung des Erkenntnisses angerechnet.

b. Der Cessionar ist hinsichtlich der ihm cedirten Forderung Singularsuccessor des Cedenten und hat deshalb bei Eidesleistungen über Einreden aus der Person des Cedenten einen Ueberzeugungseid zu leisten.

II. Senat. Riemann's Erben gegen Hurtzig, wegen Capitalforderung. 30. April 1856.

57.

Zu § 401 u. 397 der bürgerl. P.-O. Berufungsfrist bei Verfügungen gegen welche ausnahmsweise die sofortige Berufung gestattet war.

Die Berufungsfrist gegen Verfügungen der Obergerichte, welche an sich nur der vorbehaltenen Berufung unterliegen, gegen welche aber das Gericht ausnahmsweise die sofortige Berufung gestattet, beträgt nach § 401 Nr. 2 der Proceßordnung 3 Wochen.

Digitized by Google

In soweit jedoch in solchen Verfügungen Entscheidungen getroffen sind, welche an und für sich der sofortigen Berufung nach § 395 der Proceßordnung unterworfen sein würden, und für welche alsdann eine 2monatige Berufungsfrist nach § 401 der Proceßordnung gegolten haben würde, beträgt die Frist der Berufung gegen diese Entscheidungen Zwei Monate, indem der richterlichen Verordnung, daß die betreffenden Verfügungen ihrem ganzen Umfange nach der sofortigen Berufung unterliegen sollen, die Wirkung einer Reducirung der zweimonatigen gesetzlichen Frist nicht beigemessen werden kann.

Die Frist zur Erhebung der Berufung gegen diejenigen Theile solcher Verfügungen, welche nach §. 395 der Proceßordnung an sich einer sofortigen Berufung nicht unterworfen gewesen sein würden, beträgt dagegen 3 Wochen.

Der § 346 der Proceßordnung kommt in dem unterstellten Falle nicht in Betracht.

II. Senat. Freese u. Witte gegen Hagenah, wegen Forderung. 24. April 1856.

58.

a. **Aufhebung der patria potestas durch oeconomia separata.**

b. **Voraussetzung des Besitzes auf Seiten des Beklagten bei der hereditatis petitio. — Der Ehemann von den Erben der Frau auf Herausgabe der dos oder der parapherna verklagt.**

a. Es fehlt an gesetzlichen Bestimmungen über die Bedingungen, unter welchen durch abgesonderte Haushaltung — oeconomia separata — Aufhebung der väterlichen Gewalt nach Deutschem Rechte eintritt.

Die Großjährigkeit des Sohns, die Verheirathung desselben und das Ausgehen desselben aus dem väterlichen Hause bewirken nicht unter allen Umständen das Erlöschen der väterlichen Gewalt.

Die Errichtung eines besonderen eigenen Haushalts oder eines förmlichen Hauswesens gehört dagegen nicht

Digitized by Google

nothwendig zum Thatbestande der oeconomia separata, um den Sohn von der väterlichen Gewalt zu befreien. Es wird daher der Begriff der Trennung des Sohnes von der Oeconomie des Vaters nicht von vornherein durch den Umstand ausgeschlossen, daß der Sohn Mitglied eines fremden Hauswesens ist, daß das Verhältniß, auf welches der Sohn sich bezüglich der Befreiung von der Gewalt stützt, nicht für immer begründet ist, daß die Einrichtung nicht lediglich auf eigene Mittel gegründet ist. Die gesammten Umstände des jedesmaligen Falles sind in Betracht zu ziehen, um in ihnen die Entscheidung zu finden.

Wenn daraus sich ergiebt, daß der Sohn bleibend und ernstlich das Haus und den Tisch seines Vaters verlassen und eine auf eigenen, oder doch von der Unterstützung des Vaters unabhängigen Erwerb gegründete Trennung von der Oeconomie des Vaters vorgenommen hat, auch das Alter und die Lebensverhältnisse des Sohnes den Sohn als dem Vater gegenüber selbstständig erscheinen lassen, so ist die patria potestas als durch eingetretene separata oeconomia aufgehoben zu erachten.

b. Zur Begründung der heriditatis petitio des Erben gegen den Besitzer von Erbschaftssachen genügt die Behauptung, daß der Beklagte die Erbschaftssachen als Erbe oder ohne jeden Rechtsgrund besitze und es ist nicht die Behauptung erforderlich, daß der Beklagte den Besitz ursprünglich aus einem anmaßlichen oder nichtigen Grunde erlangt habe.

Der Ehemann, welcher von seiner Frau Vermögen in dotem oder pro paraphernis bekommen hat, resp. der Vater, der Vermögen seiner Kinder, welches dieselben von ihrer Mutter geerbt haben, als peculium adventitium besessen hat, kann daher nach durch den Tod aufgehobener Ehe, beziehungsweise nach aufgehobener väterlicher Gewalt von den Kindern und Erben seiner verstorbenen Ehefrau mit der heriditatis petitio belangt werden.

Digitized by Google

I. Senat. Falke gegen Falke, wegen Herausgabe des mütterlichen Nachlasses. 18. April 1856.

59.

Begriff des Erbguts nach dem Osterstader Landrecht. — Succession in dasselbe. Voraussetzung einer gültigen Disposition über dasselbe unter Lebenden und von Todeswegen.

Das Osterstader Landrecht für das Gericht Rechtenfleth gestattet, nur über wohlgewonnenes Gut zu testiren und schließt daher letztwillige Dispositionen über Erbgüter aus.

Erbgut ist dasjenige unbewegliche Gut, welches in einer Familie in Erbgang gekommen und von einem gemeinschaftlichen Stammvater des Erbprätendenten und des letzten Besitzers herrührt.

Erbgut fällt und erbet in Ermangelung von Leibeserben des letzten Besitzers auf die Seite, daher es gekommen.

Das nächste Blut, vom Schwerte geboren, erbt und Weiber, sofern sie zum Schwertmagen gehören, gehen Männern, welche mit dem letzten Besitzer durch Weiber verwandt sind, und daher zur Spille gehören, vor.

Das Landrecht für das Gericht Rechtenfleth gestattet Verkäufe von Gut, d. h. Erbgut, nur unter Beobachtung der in Art. 4 vorgeschriebenen Formen; damit sind aber sonstige Rechtsgeschäfte unter Lebenden, z. B. Tauschcontracte, nicht als ausgeschlossen anzusehen.

Wenn von dem Besitzer von Erbgütern solche Rechtsgeschäfte nur zu dem Zwecke eingegangen werden, um über die dadurch gewonnenen Güter frei testiren zu können, so begründet diese Absicht ohne Weiteres nicht die Nichtigkeit solcher Rechtsgeschäfte.

Auch nach den Bestimmungen des Osterstader Landrechts für das Gericht Sandstedt Art. II. 2. ist anzunehmen das letztwillige Dispositionen über Erbgüter ungültig sind.

II. Senat. Meinecke u. Wille gegen Joppert, wegen Erbschaft. 16 Mai 1856.

Digitized by Google

60.

a. Succession in Meiergüter im Amte Neuenhaus im Lauenburgischen.

b. Zulässigkeit eines suppletorii bei dem Beweise eines Gewohnheitsrechtes.

Im Amte Neuenhaus im Lauenburgschen gilt rücksichtlich der Succession in Meiergüter gewohnheitsrechtlich ein Anerbenrecht des ältesten Sohnes, dergestalt, daß ihm dasselbe durch letztwillige Dispositionen oder Erbverträge des Vaters nicht entzogen werden kann.

II. Senat. Draave gegen Draave, wegen Herausgabe eines Kothhofes. 7. Mai 1856.

Der Beweis der Existenz dieses Gewohnheitsrechts ist nur bis zum Suppletorium für geführt erkannt und es wird zur Ausschwörung des vom Kläger freilich angenommenen Ergänzungseides nicht kommen, weil nach der Lage der Sache das Gewohnheitsrecht nur eventuell in Betracht kommt.

61.

Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria. — Absicht des Geschäftsführers — entgegenstehender Wille des dominus.

Die Actio negotiorum gestorum contraria wird dadurch nicht bedingt, daß der gestor eben in der Absicht, um denjenigen, zu dessen Vortheil die Verwendung gemacht worden, sich zu verpflichten, gehandelt habe, indem selbst Unkenntniß der Verpflichtung oder Irrthum über die Person des Verpflichteten nicht schadet, in sofern nur überhaupt aliena negotia gerirt sind, da dann der gestor jedenfalls eo animo, ut aliquem sibi obliget, gehandelt hat.

Auch kommt es in dem Falle, wo der gestor negotiorum gerendorum animo eine gesetzlich bestehende Verpflichtung des dominus negotiorum erfüllt hat, nicht darauf an, ob die Verpflichtung gegen den ausdrücklich erklärten Willen des dominus negotiorum erfüllt ist.

I. Senat. Alverdissen gegen Kuhlmann, wegen Verpflegungsgelder. 15. Mai 1856.

Digitized by Google

62.

Zu § 418 u. 279 der bürgerl. P.-O. Neue Sachverständige in der Berufungsinstanz.

Die im § 418 der bürgerlichen Proceßordnung ertheilte Befugniß, in der Berufungsinstanz neue Thatsachen und Beweise vorzubringen, berechtigt die Parteien nicht, behuf Feststellung einer in erster Instanz durch Sachverständige bereits begutachteten Frage neue Sachverständige in Vorschlag zu bringen.

I. Senat. Krückeberg gegen Krückeberg, wegen Alimente. 31. Januar 1856.

63.

a. Einrede der Excussion von dem dritten Pfandbesitzer vorgeschützt. Replik, daß der Hauptschuldner kein Vermögen habe.

b. Anfang eines Conventionalpfandrechtes hinsichtlich der später von dem Verpfänder erworbenen Vermögensobjekte.

a. Die Einrede der Excussion des mit der actio hypothecaria in Anspruch genommenen dritten Pfandbesitzers kann durch die Replik, daß der Hauptschuldner oder Bürge kein zur Execution geeignetes Vermögen habe, beseitigt werden.

b. Ein Conventionalpfandrecht erhält seine Wirksamkeit regelmäßig mit dem Zeitpuncte der Verpfändung, und eine das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen umfassende Generalhypothek ist rechtlich als eine für alle in dem Vermögen befindlichen und alle hinzukommenden Erwerbungen in Voraus geschehene Verpfändung anzusehen.

Ein solches Pfandrecht nimmt daher auch rücksichtlich der später erworbenen Vermögensobjecte des Verpfänders seinen Anfang vom Augenblicke der Verpfändung und geht auch rücksichtlich dieser Objecte jüngeren, aber vor dem Erwerbe constituirten General- und Specialhypotheken vor.

II. Senat. Hoffmann gegen Schrader, wegen eines Gartens. 13. December 1855.

Digitized by Google

64.

a. Abrechnung und unbestimmter Credit. Einfluß derselben auf die Verjährung.

b. Anstellung der Klage bei einem inkompetenten Gerichte. Siehe Nr. 19.

a. Die unter Geschäftsleuten hergebrachte Ueblichkeit, mit einander abzurechnen, enthält nicht die stillschweigende Vereinbarung, vor gehaltener Abrechnung nicht klagbar werden zu sollen,

und die Verabfolgung von Waaren auf unbestimmten Credit, d. h. das beiderseitige Einverständniß dahin, daß eine sofortige Bezahlung der Waare nicht zu erfolgen brauche, hat regelmäßig und ohne besondere vorzulegende Momente, nicht die Bedeutung, den Verkäufer in der Fähigkeit zu sofortiger Klageerhebung zu beschränken, sondern außer den gemeinrechtlichen Folgen der Credittertheilung, d. h. des sofortigen Eigenthumsüberganges, nur noch die durch das Partikularrecht (Declaratorische Verordnung vom 24. Mai 1822 Nr. *XI*) vermittelte Wirkung, den Zinsenlauf auf die übrigens sofort klagbare Waarenforderung zu suspendiren.

Wenn daher unter Geschäftsleuten bisher Abrechnung zu halten üblich gewesen, oder wenn Waaren auf unbestimmten Credit in dem obigen Sinne verkauft sind, so läuft dessen ungeachtet die Verjährungsfrist des Gesetzes, kurze Verjährungsfristen betreffend, vom 1. Januar desjenigen Jahres, welches dem Jahre der Entstehung der Forderung nachfolgt. —

b. Die Erhebung einer Klage, vor einem der Summe nach unzuständigen Gerichte, welches später auch durch freiwillige Uebereinkunft nicht zuständig wurde, unterbricht den Lauf der Klageverjährung nicht.

III. Senat. Bramsmann gegen Achter, wegen Forderung. 3. Juni 1856.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Zweite Abtheilung.

1856 — 1857.

Digitized by Google

Digitized by Google

Entscheidungen.

Zweite Abtheilung.

1856 — 1857.

1.

Zu § 94 der bürgerl. P.-O. Unterschrift der Anwälte. Siehe I. Nr. 4.

Die Vorschrift des § 94 der Proceßordnung wegen Unterzeichnung der Anträge der Parteien durch ihre Rechtsbeistände ist für so wesentlich nicht zu halten, daß ein nicht unterzeichneter Antrag für nicht erhoben gehalten werden müßte.

III. Senat. Schocke gegen Schocke, wegen Forderung. 11. Juni 1856. Conf. Nro. I, 4.

2.

Zu § 163 u. 428 der bürl. P.-O. Folgen des Einspruchs hinsichtlich der verhandelten Adhäsionsbeschwerden. Siehe I. Nr. 23.

Nach der ganz allgemein gehaltenen Vorschrift des § 163 der bürgerlichen Proceßordnung wird durch Zulassung des Einspruchs der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor dem Zeitpunkte des Ungehorsams befand, mithin ist das ganze unter Einwirknng des Ungehorsams erlassene Urtheil im Falle der Zulassung des Einspruchs als nicht vorhanden zu betrachten.

Digitized by Google

Wenn daher der Berufungskläger ungehorsam ist und deshalb die Berufung verworfen wird, der Berufungsbeklagte aber zugleich ohne Beisein des Gegners die Anschließung verhandelt und diese in dem Urtheile, welches über die Berufung entscheidet, als unbegründet verworfen wird, so kann, falls der Berufungskläger den Einspruch erhebt, die Adhäsion nochmals verhandelt werden.

III. Senat. Hagemann gegen Bentheim, wegen Spanndienste. 23. Juni 1856.

3.

Praescriptio definita bei dinglichen Rechten des deutschen Rechtes.

Der Satz des Römischen Rechts, das ein Vertrag die Grundlage für Obliegenheiten des dritten Besitzers einer Sache nur in soweit sein kann, als es sich um ein gesetzlich anerkanntes dingliches Recht handelt, ist durch das Deutsche Recht nicht aufgehoben, es hat dieses vielmehr nur den Kreis derjenigen Rechtsverhältnisse, welche mit Wirkung für den dritten Besitzer begründet werden können, erweitert und eine für den dritten Besitzer wirksame vertragsmäßige Regelung von rechtlich anerkannten dinglichen Rechten zugelassen.

Es können daher nur solche dingliche Rechte durch Vertrag oder praescriptio definita begründet werden, welche als solche in den Rechten anerkannt sind, und es kann nicht jede beliebige Obliegenheit als Reallast auf eine Sache durch Vertrag oder praescriptio definita gelegt werden.

I. Senat. Apel gegen Osterhagen, wegen Ziegellieferung. 13. Juni 1856.

4.

Bedeutung der öffentlichen Form nach dem Gesetze vom 16. September 1843 für Nebenverträge.

Das Gesetz von 16. December 1843 trifft, indem es in allgemeiner Redeweise Verträge, durch welche Eigenthum an Grundstücken übertragen werden soll, an öffentliche Form knüpft, nur diejenigen Vertrags-Bestimmungen, welche jenen

Digitized by Google

Zweck verfolgen, mithin nur die Haupt-, nicht die Neben-Abreden der Veräußerungs-Verträge über Grundstücke.

Es können daher Verträge, wodurch eine bestimmte Eigenschaft des rechtsgültig verkauften Grundstückes zugesichert wird, als Neben-Abreden, auch in nicht öffentlicher Form geschlossen werden.

III. Senat. Schreyer gegen Schneider, wegen Forderung. 23. Juni 1856.

5.

Veräußerung von unbeweglichen Mündelgütern nach dem Hadeler Landrecht.

Im Lande Hadeln kommen bezüglich der Veräußerung unbeweglicher Mündelgüter die Grundsätze des Römischen Rechts, insbesondere über ein Veräußerungsdecret, nicht zur Anwendung, sondern lediglich die Bestimmung des Tit. IV. Theil III des Hadeler Landrechts.

Diesen Vorschriften zufolge können Vormünder der Unmündigen Häuser, Höfe, Aecker und liegende Gründe alsdann verkaufen, wenn ihre Elteren so viel Schulden hinterlassen haben, daß dieselben mit den beweglichen Gütern nicht gedämpft und abgelegt werden können,

so wie alsdann, wenn der Unmündigen Güter dermaßen mit übermäßigen Schulden beschwert sind, daß sie nicht können entsetzt und erhalten werden.

Wenn einer dieser beiden Fälle vorliegt, so können die Vormünder auf Rath der Obrigkeit und Erlaubniß des Rechten (Gerichts) — denen solche Ursachen angezeigt und bescheinigt werden sollen — solche Güter verkaufen, versetzen, oder sonst damit verfahren, wie es den Mündeln am vortheilhaftesten sein kann.

Wenn daher die vorhandenen elterlichen Schulden der Unmündigen den Werth des Mobiliarvermögens übersteigen, oder wenn die Güter der Unmündigen dergestalt mit Schulden belastet sind, daß die Erhaltung der Güter unthunlich erscheint, und wenn die Vormünder solche Verhältnisse der Obervormundschaft angezeigt und bescheinigt haben, auch das

Digitized by Google

Gericht die Veräußerung erlaubt hat, so ist eine von den Vormündern hiernächst vorgenommene Veräußerung auch ohne ein eigentliches decretum de alienando im Sinne des Römischen Rechts gültig und rechtsbeständig.

II. Senat. Oest gegen Winter, wegen Herausgabe von Grundstücken. 9. Juli 1856.

6.

Zu art. 42, 44, 98 Nr. 3 der deutschen Wechselordnung. Nachweis der erfolgten Präsentation bei dem eigenen nicht domizilirten Wechsel nicht nothwendig.

Bei einem eigenen, nicht domicilirten Wechsel, wenn derselbe auch auf Ordre lautet, hat der Wechselkläger den Nachweis nicht zu erbringen, daß er den Wechsel am Fälligkeitstage oder später zur Zahlung präsentirt habe. Vielmehr ist mit dem gesetzlichen Erlasse des Protestes (Art. 44 und 98 Nr. 3 u. 6 der Wechselordnung), da derselbe die leichteste Form des Beweises ist, dem Wechselgläubiger jede weitere Beweisführung hinsichtlich der Präsentation des Wechsels beim Wechselschuldner erlassen, welches denn auch der analoge Ausspruch des Art. 42 der Wechselordnung bestätigt.

Ferien-Senat. Heymann gegen Brüggemann, wegen Wechselforderung. 16. August 1856.

7.

Zu § 191 u. 198 der Gewerbeordnung. Widerspruchsrechte der Zünfte bei einem das Zusammenwirken mehrerer Zünfte erfordernden Fabrikbetriebe.

Auf einer Schiffswerfte werden nicht solche Arbeiten verrichtet, welche in den Gewerbe-Betrieb nur einer Zunft fallen, vielmehr ist die Kunstfertigkeit mehrerer Handwerke nach dem Systeme der Theilung der Arbeit zur Erzielung des auf der Werfte herzustellenden Produktes erforderlich, weshalb eine Schiffsbauerei einer Fabrik sehr wohl gleichzustellen ist.

Nach deutlicher Vorschrift des § 191 der Gewerbeordnung kann nur dann eine Zunft gegen die Erzeugung von Waaren einer Fabrik Widerspruch erheben, wenn in derselben Waare fabrikmäßig verfertigt wird, zu deren handwerks-

Digitized by Google

mäßigen Anfertigung die betreffende Zunft allein berechtigt ist. Schon hieraus, wie aus der Natur der Sache und der Bestimmung des § 192 der Gewerbeordnung folgt, daß eine einzelne Zunft nicht demjenigen fabrikmäßigen Betriebe widersprechen kann, welcher die Erzielung solcher Produkte oder Waaren bezweckt, zu deren Herstellung das vereinte Zusammenwirken mehrerer, als der nur in der einen Zunft vertretenen Handwerke und Kunstfertigkeiten erforderlich ist.

H. Senat. Klenck gegen Schmiedeamt zu Harburg. 21. Februar 1856.

8.

Succession der unehelichen Kinder in Meiergüter ausgeschlossen.

Einer unehelichen Tochter der letzten meierrechtlichen Besitzerin des Hofes kann nach den Grundsätzen des in Betracht kommenden Deutschen Rechts ein Successionsrecht in die Stelle nicht zugestanden werden, da dieses eine eheliche Abstammung von dem mit dem Hofe beliehenen Meier voraussetzt, die Grundsätze des Römischen Rechts aber nur in sofern in Betracht kommen, als die Erbfolge-Ordnung derjenigen des Römischen Rechts gleichgestellt worden ist.

II. Senat. Recken gegen Schrader, wegen Herausgabe einer Hofesstelle. 14. Juni 1856.

9.

Voraussetzungen für den Verlust einer vor oder bei der Beeidigung von dem Vormunde nicht angezeigten Forderung.

Die Bestimmungen der Novelle 72 können nicht dahin aufgefaßt werden, daß unter allen Umständen der nicht vor oder bei der Beeidigung Forderungen an die Pupillen der Obervormundschaft anzeigende Vormund ohne Weiteres derselben verlustig sein sollte, selbst wenn die desfallsige Anzeige im guten Glauben oder lediglich in Folge einer Unbekanntschaft mit der Verpflichtung zu sofortiger Anzeige unterlassen ist.

Es genügt daher die Behauptung, der Vormund habe zu gehöriger Zeit die Anzeige unterlassen, nicht zur Begrün-

Digitized by Google

dung einer Einrede gegen den wider seine Pupillen klagenden Vormund, sondern es ist die Behauptung nothwendig, der Vormund habe die Existenz der Forderung geflissentlich verschwiegen.

Hülfssenat. Kohlmeyer gegen Blank, wegen Forderung. 9. September 1856.

10.

Beseitigung einer illiquiden Retentionseinrede durch Caution.

Eine begründete Retentionseinrede kann im Falle der Illiquidität der Ansprüche, wegen welcher retinirt wird, durch das Erbieten zu Cautionsleistung beseitigt werden.

Es gilt dies auch von dem Retentionsrechte der Allodialerben gegenüber dem das Lehn und das Allodium Conjunctum fordernden Lehnserben.

II. Senat. Lammers gegen Sievers, wegen eines Lehnhofes. 19. September 1856.

11.

Klage auf eine positive Leistung aus einer obligatio omittendi.

In einem zwischen der Königlichen Harzforstverwaltung und der Gemeinde Elbingerode abgeschlossenen Vertrage ist bestimmt:

es solle ferner das aufgewachsene und künftig von selbst ohne Besaamung und Schonung aufschlagende Holz den Einwohnern zu Elbingrode zu ihrer Nothdurft von den Forstbedienten angewiesen werden.

Die Gemeindeverwaltung zu Elbingrode hat nun selbst mit Umgehung der Forstbeamten eine erhebliche Anzahl junger Holzstämme fällen und abfahren lassen.

Die Königliche Forstverwaltung hat, gestützt auf den Vertrag und die Thatsache, daß die Gemeindeverwaltung noch im Besitze der abgefahrenen Hölzer sei, eine Klage auf deren Zurückgabe angestellt.

Die beklagte Gemeinde bestritt die Existenz eines solchen Klagrechts.

Digitized by Google

Vom Königlichen Oberappellationsgerichte ist unter Aufhebung des die Klage abweisenden obergerichtlichen Erkenntnisses die Zulässigkeit der Klage angenommen:

„Indem der Königlichen Harzforstverwaltung die Anweisungsbefugniß eingeräumt worden, ist damit zugleich dieser gegenüber von der Gemeinde die Verpflichtung eingegangen, keine die Anweisnngsbefugniß verletzende Handlung vorzunehmen. Zu einer Leistung positiver Art hat sich freilich die Gemeinde Elbingrode nicht verbindlich gemacht, die Obligation aber hat eine negative Leistung — ein Unterlassen — zum Gegenstande. Wird nun dennoch von der Gemeinde das Holz eigenmächtig gehauen und abgefahren, so liegt darin eine Verletzung des auf dem Vertrage beruhenden Rechts der Königlichen Forstverwaltung. Die Statthaftigkeit der Klage in einem solchen Falle ist daher im Allgemeinen anzunehmen. Befindet sich dabei der verletzende Theil noch im Besitze des eigenmächtig gehauenen und abgefahrenen Holzes, so muß das auf die Herausgabe desselben gerichtete Klagpetitum des Gegners als statthaft angesehen werden. Wenngleich nämlich die obligatio der Beklagten selbst zunächst nicht auf diese Herausgabe geht, so hat doch der Kläger ein Recht auf die Herausgabe als die nächste und wirksamste Art der Aufhebung des Eingriffs in sein contractliches Recht; er kann diese Reparation ansprechen und braucht sich nicht mit einer, dem Werthe der Contractsverletzung angemessenen Geldzahlung abfinden zu lassen, so lange sein Gegner zu jener Reparation fähig ist. —

I. Senat. Flecken Elbingrode gegen Königliches Berg- und Forstamt Clausthal. 2. Oct. 1856.

12.

Zu § 124 der bürgerl. P.-O. Form der Zustellung, wenn die ausländischen Behörden die Rechtshülfe verweigern.

In Sachen Nolting zu Eisbergen, Beklagten, gegen Pieper zu Hameln, Kläger, wegen Contractserfüllung, war gegen den

Digitized by Google

im Preußischen wohnenden Beklagten beim Obergerichte zu Hameln, als dem foro contractus, Klage erhoben.

Die preußischen Behörden hatten zu zwei verschiedenen Malen die Zustellung von Verfügungen in dieser Sache verweigert, weshalb die Staatsanwaltschaft des Obergerichts Hameln dieselben dem Beklagten durch die öffentlichen Blätter zugestellt hatte.

Eine dritte Verfügung in solcher Sache hat die Staatsanwaltschaft des gedachten Obergerichts auf Antrag des Klägers dem Beklagten sofort durch die öffentlichen Blätter zugestellt, ohne vorher die betreffende preußische Behörde um die Zustellung dieser Verfügung ersucht zu haben.

Diese Zustellung ist für genügend und geeignet erkannt, den Lauf der Berufungsfrist beginnen zu machen, weil die Annahme gerechtfertigt erscheine, daß die preußischen Behörden auch die Zustellung der fragl. Verfügung an den Beklagten verweigert haben würden.

I. Senat. 14. October 1856.

13.

Bedeutung der exceptio rei in judicium jam deductae für einen verklagten Correalschuldner.

Für eine Forderung des A gegen B hatten sich C und D als selbstschuldige Bürgen verbürgt und auf das beneficium excussionis und divisionis verzichtet.

Als B am Fälligkeitstage nicht zahlte, verklagte A erst den B, dann den C und endlich den D auf Zahlung der Forderung, und zwar einen jeden derselben mit selbstständigen Klagen.

Als dem D die Klage behändigt wurde, waren die Klagen gegen B und C noch nicht erledigt.

Der Beklagte opponirte, gestützt auf diesen Umstand und daß er mit B und C zusammen correus debendi des A sei, die exceptio rei in judicium jam deductae und verlangte auf den Grund dieser Einrede die Abweisung der erhobenen Klage.

Digitized by Google

Das Obergericht zu Dannenberg verurtheilte indeß den Beklagten.

Das Oberappellationsgericht hob diese Entscheidung auf und verwarf die erhobene Klage als zur Zeit unzulässig unter Mittheilung folgender Erwägungen:

in Erwägung, daß die in Folge der Verzichtleistung des Beklagten auf das ihm zustehende beneficium excussionis und divisionis für den letztern begründete Verbindlichkeit, den Kläger wegen des ganzen klagbar gemachten Anspruchs zu befriedigen, ohne von ihm die vorgängige Ausklagung des Hauptschuldners, bez. die Theilung des Anspruches zwischen dem Beklagten und dessen Mitbürgen verlangen zu können, durch die wegen desselben Objectes bereits gleichzeitig gegen die letztgedachten Personen anhängig gemachten Rechtsstreite zwar keineswegs vollständig aufgehoben wird, indem nach den über die Correalobligationen geltenden Rechtsgrundsätzen, insbesondere der L. 28 Cod. de fidejussoribus, die Liberirung der übrigen Correalschuldner weder schon, wie nach Vor-Justinianischen Rechte, durch die Litiscontestation mit einem derselben, noch selbst durch eine rechtskräftige Verurtheilung desselben, sondern erst durch die wirkliche Befriedigung des Gläubigers bewirkt wird, und somit, wie in dem Erkenntnisse voriger Instanz in soweit richtig deducirt ist, eine von dem Beklagten übrigens auch nicht verlaugte definitive Zurückweisung der Klage auf Grund der derselben entgegengesetzten exceptio rei in judicium jam deductae allerdings nicht erfolgen kann;

in Erwägung, daß dahingegen durch die vorgedachte die vollständige Consumtion der Correalobligation zwar beseitigende und in soweit dem früheren Rechte zwar derogirende Vorschrift Justinians, doch die sonstigen danach an die Litiscontestation des Gläubigers mit einem der Correalschuldner bez. die res judicata für die übrigen geknüpften Wirkungen keineswegs als beseitigt anzusehen sind, nun aber die Unzulässigkeit einer gleichzeitigen Rechtsverfolgung desselben Objectes gegen die verschiedenen nicht als Litisconsorten mit

Digitized by Google

einer Klage, sondern jeder für sich mit besonderen Klagen auf das Ganze in Anspruch genommenen Correalschuldner, nicht nur schon in dem Wesen der Correalobligation überhaupt, als einer trotz der Mehrheit der dabei betheiligten Subjecte doch ihrem objectiven Bestande nach nur einzigen und daher durch die eine Klage bereits in ihrem vollen Umfange in judicium deducirten obligatio, vollständig begründet erscheint, sondern auch noch insbesondere sowohl aus der durch die Anhängigkeit des Rechtsstreits mit den einem Correalschuldner für den Gläubiger vorhandenen Unmöglichkeit, den später in Anspruch genommenen übrigen Correalverpflichteten die mit dem beneficio cedendarum actionum verlangte Klagabtretung zu gewähren, als auch daraus sich ergiebt, daß offenbar die mehrgedachte Bestimmung der L. 28 Cod. de fidejuss, nur auf die negative, nicht aber auch auf die positive Wirksamkeit des res judicata für die übrigen Correalschuldner bezogen werden kann, und daher im Fall der eine Schuldner nicht etwa nur aus subjectiven, sondern aus, den objectiven Bestand der obligatio treffenden Gründen absolvirt wird, den übrigen Verpflichteten auch jetzt noch die exceptio rei judicatae zur Seite stehen würde, somit aber bei der hiernach begründeten präjudiciellen Natur der erstern Klage für die spätere, die Zulassung der gleichzeitigen Rechtsverfolgung beider, überdem unter Umständen zu einem völlig unnützen Processiren würde führen können;

in Erwägung, daß sonach die Erhebung des Rechtsstreites wegen des den Gegenstand der Correalobligation bildenden Anspruches wider den einen der mehreren Verpflichteten für die Dauer der Litispendenz nothwendig die Suspension der Klage gegen die übrigen zur Folge haben muß, alsdann aber die in dem Erkenntnisse des Königlichen Obergerichts zu Dannenberg v. 7. Novbr. 1855 erfolgte Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der klagbar gemachten 1650 Thlr. und Erstattung der Kosten nicht gerechtfertigt erscheint, die erhobene Klage vielmehr auf Grund des derselben, nicht als zerstörliche, sondern nur als dilatorische Einrede entgegengesetzten

Digitized by Google

Einwandes der Litispendenz zur Zeit und bis dahin zurückzuweisen gewesen wäre, daß die bereits vorher zunächst gegen den Hauptschuldner und bez. sodann auch, obwohl ebenfalls unzulässiger Weise, gegen den Mitbürgen angestellten und nach dem eignen Zugeständnisse des Klägers damals noch anhängigen Processe, sei es in Folge rechtskräftiger Entscheidung oder des Abstandes vom Processe, in soweit solcher nach erfolgter Litiscontestation noch zulässig war (§ 174 der b. P.-O.), beendigt sein würden, während der Beklagte eine Verschonung mit der Klage bis nach erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung und sich ergebender Insolvenz des Hauptschuldners, bez. des Mitbürgen, in Folge seines Verzichtes auf das beneficium excussionis und divisionis dahingegen nicht verlangen konnte.

Hülfssenat. Sturzkopf gegen Schulze, wegen Forderung aus einer Bürgschaft. 3. Oct. 1856.

14.

Zu Theil I. Tit. 13 § 142 ff und Theil I. Tit. 5 § 185 des Preußischen Landrechtes. Mangel einer schriftlichen Vollmacht durch spätere mündliche oder stillschweigende Genehmigung heilbar.

Nach Theil I. Tit. 13, §§ 142 flgde, des preußischen Landrechts ist anzunehmen, daß der Mangel der schriftlichen Vollmacht durch die spätere Genehmigung des Machtgebers und zwar auch dann, wenn dieselbe bloß mündlich oder stillschweigend erfolgte, geheilt werden könne.

Die Genehmigung eines zwischen dem mündlich Bevollmächtigten und einem Dritten für den Machtgeber geschlossenen Geschäfts ist kein Anerkenntniß der ertheilten Vollmacht und daher nicht nach Theil I., Tit. 5. § 185 d. Landrechts zu beurtheilen, und das Landrecht enthält keine Bestimmung, nach welcher für eine solche Genehmigung eine schriftliche Form vorgeschrieben wäre.

Der bei der Vorschrift der schriftlichen Form beabsichtigte Zweck ist vollständig erreicht, wenn nach abgeschlossenem

Digitized by Google

Geschäfte eine Genehmigung desselben durch den Mandanten erfolgt, und es rechtfertigt sich daher auch nach der Absicht des Gesetzgebers die obige, auch vom Obertribunale zu Berlin angenommene Auslegung.

III. Senat. Kampe gegen Meiners, wegen Forderung. 20. October 1856.

15.

a. Persönliche Haftung des Vormundes dem Gläubiger gegenüber aus einem für seine Pupillen contrahirten aber nicht für dieselben verwendeten Darlehn.

b. Folgen einer unterlassenen Wahrnehmung seiner Rechte für den Litisdenunziaten.

Claus Lambken und Borchert Crudup als Vormünder der minderjährigen Kinder des Johann Dierk Lambken, liehen von Anton Winters für ihre Pupillen die Summe von 200 Thlr. Gold und erklärten, indem sie über den Empfang des Darlehns quitirten, in der aufgenommenen Schuldverschreibung, daß sie das Geld zum Besten der Pupillen verwenden würden.

Die genannten Vormünder verwendeten indeß das Darlehn zum Besten ihrer Pupillen nicht.

Anton Winters cedirte die ihm aus der Schuldverschreibung der Lambken'schen Vormünder zustehenden Forderungen an Horstmann.

Dieser verklagte den Rechtsnachfolger der Lambken'schen Vormundschaft, Jobst Lambken, ex jure cesso auf Zahlung des bezeichneten Capitals, wurde aber mit der Klage deshalb abgewiesen, weil das dargeliehene Geld nicht für die Lambken'schen Pupillen verwendet sei.

Hiernächst klagte Horstmann aus der Cession gegen seinen Cedenten, Anton Winters, welcher dem vormaligen Vormunde Claus Lambken den Streit verkündigte, ohne daß dieser dem Streite beitrat, und erwirkte gegen denselben ein verurtheilendes Erkenntniß auf Capital, Zinsen und in dem Processe gegen Jobst Lambken aufgewendete Kosten.

Digitized by Google

Eine dem Anton Winters zum Beweise verstellte Einrede,

daß Horstmann die Lambken'schen Kinder, die ursprünglichen Schuldner, ex nexu obligationis entlassen und dafür den Mitvormund des Claus Lambken als Schuldner angenommen habe,

wurde, weil Horstmann einen Eid deshalb leistete, wegen verfehlten Beweises verworfen.

Nunmehr klagte Anton Winters gegen den früheren Lambken'schen Vormund, Claus Lambken, auf Ersatz der an Horstmann geleisteten Zahlungen.

Claus Lambken wendete ein, daß er keinen Darlehnscontract abgeschlossen, und das für seine Pupillen bestimmte Darlehn nicht in Empfang genommen und unter sich behalten habe, sowie

daß er jedenfalls nur zur Hälfte hafte, und wiederholte die bereits in dem Processe zwischen Horstmann und Winters von diesem vorgebrachte Einrede. Das Obergericht Verden, als Gericht erster Instanz, verurtheilte den Claus Lambken, vorbehältlich eines dem Einredebeweise in Sachen Horstmann gegen Winters gleichlautenden Einredebeweises, auf das Ganze.

Claus Lambken erhob hiergegen die Berufung, weil die Klage nicht ganz, eventuell zur Hälfte, abgewiesen, eventuell, weil nicht dem Einredebeweise eine andere Fassung gegeben sei.

Das Tribunal verwarf die Berufung:

1. weil in der auch von Claus Lambken ertheilten Zusage, die empfangenen 200 Thlr. zum Besten der Lambken'schen Pupillen zu verwenden, eine den Claus Lambken persönlich bindende Verpflichtung zu befinden sei, welche, auch abgesehen von der ausdrücklichen Erklärung, als stillschweigend übernommen angesehen werden könne;

2. weil, wenn mehrere Personen die Ausführung eines Geschäfts übernommen, ein Jeder nach Vorschrift der Gesetze für das Ganze hafte;

Digitized by Google

3. weil endlich, wenn auch dem Einredebeweiſe an ſich eine andere Faſſung zu geben ſein möchte, dies im vorliegenden Falle unzuläſſig ſei, weil Claus Lambken es verſäumt habe, in Folge der Litisdenunciation in Sachen Horſtmann gegen Winters ſeine Rechte wahrzunehmen, und ihn deshalb die nachtheiligen Folgen dieſes Verſäumniſſes treffen müßten.

I. Senat. Winters gegen Lambken, wegen Schadenerſatzes. 7. October 1856.

16.

a. Verjährungszeit wider das **Königliche Domanium**, insbeſondere bei Servituten. — **40 Jahre.**

b. Zu § 33 der bürgerl. P.-O. **Begriff des gemeinſchaftlichen Vertreters der Litiskonſorten.**

1. Nach den Rechtsſprüchen Königlichen Oberappellationsgerichts muß es für unſer Land als feſtſtehend angeſehen werden, daß dem Fiscus, und namentlich Königlichem Domanio regelmäßig eine 40jährige Verjährung zukomme, und daß dies insbeſondere auch von der Erwerbung einer Servitut wider daſſelbe gelte.

2. Ebenſo wie bei der ſonſtigen erwerbenden Verjährung von Servituten iſt auch bei dieſer 40jährigen Verjährung gegen das Domanium die alljährliche Ausübung derſelben erforderlich und nachzuweiſen.

3. Der § 33 der Proceßordnung begreift unter dem gemeinſchaftlichen Vertreter der Litisconſorten die Anwälte, wie das Rubrum der Nr. IV des 2. Titels im 1. Theile der bürgerlichen Proceßordnung beſtätigt, und um ſo weniger zu bezweifeln iſt, als die Proceßordnung nirgends vorſchreibt, daß von den Litisconſorten oder ihnen gleichgeſtellten Perſonen die Beſtellung eines ſolchen gemeinſchaftlichen Vertreters verlangt werden könne, der in aller Maße, und zwar durch alle Inſtanzen vom Gegner ſo behandelt werden dürfe, als ſei er Partei ſelbſt.

I. Senat. Domainencammer gegen Danenbrink u. Genoſſen zu Linsburg. 9. Octbr. 1856.

Digitized by Google

17.

Zu §§ 2 u. 3 der Verordnung vom 23. Juli 1833. — Begriff der Verträge, welche vor der Obrigkeit abgeschlossen werden müssen.

Die Wittwe Christine Lücke in Wunzen verkaufte an den Schmiedemeister Carl Homann in Thunste eine durch Ablösung frei gewordene Meierstelle und bedang sich in dem Kaufcontracte eine von dem Käufer zu prästirende Leibzucht aus.

Der Kaufcontract war vor der Obrigkeit nicht abgeschlossen und nicht anerkannt.

Der auf Bezahlung des Kaufgeldes in Anspruch genommene Käufer wendete ein, daß der Kaufcontract nach § 2 u. 3 der Verordnung vom 23. Juli 1833 nichtig sei, weil Veräußerungen freigekaufter Bauergüter nur unter Mitwirkung der Obrigkeit geschehen können, namentlich aber dann, wenn, wie hier, eine Leibzucht reservirt sei.

Das Tribunal erklärte in Uebereinstimmung mit dem Urtheile des Obergerichts Hameln den Einwand für unbegründet, weil weder die über Veräußerungen von freigekauften Bauergütern aufgerichteten Contracte überhaupt, soweit dieselben nicht zur Vermittelung der Nachfolge im Hofe dienen sollen, noch die bei Gelegenheit jener eigentlichen Veräußerungen vorgenommenen Leibzuchtsreservationen, der im § 3 der Verordnung vom 23. Juli 1833 vorgeschriebenen Einwirkung der Obrigkeit haben unterzogen werden sollen, die betreffende Vorschrift vielmehr, dem ganzen Zusammenhange nach, lediglich auf die in der Verordnung erwähnten Rechtsgeschäfte zum Zwecke der vertragsweisen Feststellung der Vermögensverhältnisse der Mitglieder der Meierfamilie unter sich zu beziehen sei.

I. Senat. Lücke gegen Homann, wegen Forderung. 28. October 1856.

Digitized by Google

18.

Klagebefugniß der Realgemeinden bei dem von den Einzelnen genutzten Vermögensrechten.

Die Realgemeinden sind befugt, auch solche Gemeindevermögensrechte, welche von einzelnen Gemeindemitgliedern als solchen genutzt werden, im Wege Rechtens geltend zu machen.

I. Civilsenat. Camera gegen Ehmen. 11. Juni 1856.

19.

a. **Verbindlichkeit der von den Realgemeinden gefaßten Beschlüsse für deren Mitglieder.**

b. **Zu § 32 der bürgerl. P.-O. Aufnahme von Syndikaten bei Realgemeinden.**

c. **Abänderung der Reihefolge der Berufungsbeschwerden zulässig.**

1. Die von Realgemeinden gefaßten Beschlüsse verbinden deren Mitglieder rücksichtlich der ihnen als Reiheleuten, nicht vermöge besonderen Rechtstitels, zuständigen Gerechtsamen, auch wenn sie denselben nicht zugestimmt haben.

2. Für die Aufnahme von Syndicaten von Realgemeinden besteht die Hildesheimsche Verordnung vom 9. December 1793 noch in Kraft, da sich das Gesetz, die Landgemeinden betreffend, vom 4. Mai 1852, nur auf die politischen Gemeinden bezieht, und die in § 32 der Proceßordnung vorbehaltene Regulirung noch nicht erfolgt ist.

Im Fürstenthume Hildesheim kann daher nur von der ordentlichen Gerichtsobrigkeit erster Instanz, nicht von der Obrigkeit ein gültiges Syndicat aufgenommen werden.

Unter der ordentlichen Gerichtsobrigkeit ist aber das betreffende Amtsgericht, nicht das Gericht erster Instanz, wenn dies ein Obergericht ist, zu verstehen, weil die Amtsgerichte zur Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen sind.

3. Die Abänderung der Reihefolge und des Eventualitätsverhältnisses der Berufungsbeschwerden ist auch nach Ablauf der Berufungsfrist statthaft.

III. Civil-Senat. Eberholzen gegen Knösel. 11. März 1856.

Digitized by Google

20.

Zu § 391 der bürgerl. P.-O. Derselbe hat die Klage auf Schmerzensgeld nicht abgeschafft.

Da in Deutschland auch nach Reception des Römischen Rechts in solchen Fällen einer Körperverletzung, in denen die Haftverbindlichkeit des Verletzers auf einem Delikte beruht, denselben neben der Entschädigung des Verletzten auch eine als Schmerzensgeld bezeichnete Buße auferlegt, und hierin eine Modification des Römischen Rechts zu befinden ist, es mag der Artikel 20 der peinlichen Gerichtsordnung einen schon früher bestandenen Grundsatz anerkannt oder einen neuen Grundsatz zur Geltung gebracht haben; da ferner „der regelmäßig auf die Fälle das damnum injuria datum beschränkte Anspruch auf Schmerzensgeld eine ganz andere Grundlage hat, als der auf einer contumelia beruhende, durch die äßtimatorische Injurienklage zu verfolgende Anspruch," so sind die über die letztere in der declaratorischen Verordnung vom 17. September 1822 und in der bürgerlichen Proceß-Ordnung § 341 gegebenen Vorschriften auf den ersteren nicht wohl anzuwenden.

I. Civilsenat. Steinmann gegen Bührmann. 28. October 1856.

21.

a. Beispruchsrecht, nicht ausgeschlossen durch patria potestas. — Reale Oblation des Kaufpreises nicht erforderlich. — Anfangspunkt der Klagenverjährung.

b. Geltung des Beispruchsrechts im Altenlande, insbesondere im Bezirke Francop.

1. Der Geltendmachung des durch die Blutsverwandschaft begründeten Retracts steht der Umstand, daß der Retractsberechtigte in der väterlichen Gewalt des Veräußerers sich befindet, nicht entgegen, vielmehr ist in einem solchen Falle der Retract unter Mitwirkung eines dem Retrahenten beizuordnenden Curators auszuüben.

2. Behuf der klagbaren Ausübung des Beispruchsrechts ist das Erbieten zum Eintritt in die Kaufbedingungen genü-

Digitized by Google

gend und es ist nicht erforderlich, daß der Retrahent das Kaufpretium vorher realiter offerirt habe.

3. Der Beispruch wird nicht bereits durch den Abschluß des Kaufgeschäfts über das zu retrahirende Grundstück, sondern erst durch die erfolgte Uebergabe desselben begründet; die Verjährung von Jahr und Tag gegen die Retrahenten kann daher erst von dem Zeitpunkte an laufen, in welchem er Kenntniß von der erfolgten Uebergabe bekommen hat.

II. Senat. Peter Stehr gegen Hans Jacke, wegen Beispruchs. 19. Februar 1856.

Inhalts eines in derselben Sache über das Resultat einer umständlichen Beweisführung abgegebenen Urtheils vom 23. October 1856 ist es als sehr wahrscheinlich angenommen, daß im Alten-Lande der Beispruch der Blutsverwandten im Allgemeinen Geltung habe. Es ist jedoch danach für erwiesen nicht anzunehmen, daß ein Gleiches in dem vormaligen Patrimonial-Gerichte Frankop stattfände, indem bei der von den übrigen Theilen des Alten-Landes abweichenden Gerichtsverfassung dieses Patrimonial-Gerichts und der Verschiedenheit des Instanzen-Zuges, und namentlich bei der dem Landgrefthing entzogenen Einwirkung auf die Rechtsbildung in den Bezirken der Patrimonial-Gerichte keineswegs ohne Weiteres angenommen werden kann, daß mit Ausnahme der völlig unbestrittenen Gewohnheitsrechte auch jeder sonstige im Alten-Lande sich gebildet habende Rechtssatz von selbst in den an dem Landgrefthing nicht Theil nehmenden Bezirken Anwendung gefunden habe.

Die Ausdehnung dieses Retracts auf noch nicht in Erbgang gekommene Güter ist überhaupt als ein im Alten-Lande geltendes Recht nicht nachgewiesen.

Demgemäß ist der zur Begründung der Beispruchsklage dahin auferlegte Beweis:

daß im Alten-Lande und insbesondere im Bezirke des vormaligen Patrimonial-Gerichts Frankop das Recht

Digitized by Google

des Beispruchs und der Erblosung bestehe und sich auf neu erworbene Grundstücke beziehe,

für verfehlt erkannt und die Klage abgewiesen. —

22.

Zu §§ 148, 140, 401, 529 der bürgerl. P.-O. Folgen der durch den Anwalt geschehenen Behändigung eines Urtheils für die eigene Partei. — Lauf der Berufungsfrist.

Ein der sofortigen Berufung unterliegendes Erkenntniß war auf Betreiben des Anwalts des Beklagten am 13. März 1855 behändigt, in der Behändigungsurkunde jedoch nicht bemerkt, daß der Anwalt des Klägers bei der Publication des Urtheils am 21. Februar 1855 gegenwärtig gewesen war.

Auf Betreiben des klägerischen Anwalts war das Erkenntniß dagegen erst am 4. April 1855 ordnungsmäßig behändigt.

Der Beklagte erhob am 28. Mai 1855 durch ordnungsmäßige Behändigung schriftlicher Anträge die Berufung. Der Kläger beantragte, auf Grund des § 148 der Proeeß-Ordnung die Berufung als verspätet zurückzuweisen, während Beklagter auf Grund der §§ 140, 401 und 529 der Proceß-Ordnung diesem Antrage widersprach.

Das Tribunal verwarf die Berufung des Beklagten als unzulässig unter Mittheilung folgender Entscheidungsgründe:

in Erwägung, daß nach § 148 jede Proceßfrist, welche mit der Behändigung einer richterlichen Verfügung ihren Lauf beginnt, von diesem Zeitpunkte an auch gegen die Partei läuft, auf deren Betreiben die Behändigung erfolgt;

in Erwägung, daß das der Berufung unterliegende, nach § 140 zu behändigende Urtheil der Klägerin am 13. März 1855 behändigt worden ist, und es auf den Umstand, ob die Behändigung auf Betreiben der Partei selbst oder des dieselbe bei dem Obergerichte vertretenden Anwaltes erfolgt ist, überall nicht ankommt;

in Erwägung, daß die Anwendbarkeit des § 148 durch die im § 401 wegen des Laufes der Berufungsfristen gegebenen Vorschriften nicht ausgeschlossen wird, auch die im

Digitized by Google

§ 529 enthaltene, sich lediglich auf die Ertheilung der Vollstreckungsclausel beziehende Vorschrift über diesen speciellen Fall hinaus selbst dann die Anwendbarkeit der durchaus klaren Bestimmung des § 148 nicht ausschließen würde, wenn eine Verschiedenheit in Betracht kommender Bestimmungen in den beiden allegirten Paragraphen sollte angenommen werden können;

in Erwägung, daß aus dem in der Behändigungsurkunde erfindlichen Mangel des Vermerks über die Anwesenheit des Anwalts der Klägerin bei der Verkündigung des Urtheils höchstens von der Klägerin Rechte hergeleitet werden könnten, nicht aber von dem Beklagten, welcher die Behändigung betrieben hat;

in Erwägung, daß hiernach der Ablauf der Berufungsfrist eingetreten und die deshalb von der Klägerin vorgeschützte verzögerliche Einrede begründet, die Berufung somit unzulässig ist, wird die Berufung als verspätet verworfen.

II. Senat. Funk gegen König, wegen Abfindung. 29. November 1856.

23.

Specieller Verzicht auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte. Siehe I. 55.

Ist bei dem Abschlusse eines Vertrages auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte speciell Verzicht geleistet, so steht dieser Verzicht der Zulassung einer Anfechtung des Vertrages aus dem Grunde der laesio enormis entgegen.

I. Senat. Behling gegen Behling. 28. October 1856.

24.

Die Klage aus lex 3 Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo steht dem Fideikommissar nicht zu.

Nach der Tendenz und nach den Worten der lex 3 Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo kann die Klage aus diesem Gesetze nur dem Erben und dem Vulgar-Substituten, nicht auch dem Fideicommissar zugestanden werden.

I. Senat. Sievers gegen Striehl'sche Waisenstiftung. 2. December 1856.

Digitized by Google

25.

Zu Art. 4 Nr. 4 der deutschen Wechselordnung. Erforderniß der genauen Angabe des Zahlungstages im Wechsel.

Ein so lautender Wechsel:

Am 25. August .... zahlen Sie ꝛc.

Celle, den 12. Juli 1856.

N. N.

ist nicht ungültig, denn es ist anzunehmen, daß der Aussteller den 25. August 1856 als den Zahlungstag bezeichnet hat, da er nur dann, wenn er dies wollte, es für überflüssig halten konnte, die Jahrszahl hinzuzufügen (lex 41 D. de verborum obligationibus), und zugleich anzunehmen ist, daß der Aussteller glaubte, den bestimmten Zahlungstag erschöpfend bezeichnet zu haben und ein Mehreres des Endes nicht hinzufügen wollte.

Art. 4 Nr. 4 der Deutschen Wechsel-Ordnung.

I. Senat. Oelsner gegen Hipp, wegen Wechselforderung. 10. November 1856.

26.

Zu §§ 93, 163, 160 Nr. 2 der h. P.-O. Zulässigkeit von Beweismitteln nach Ablauf der Einspruchsfrist.

Nach den §§ 93 und 163 der Proceßordnung kann nicht angenommen werden, daß durch die Vorschrift des § 160 Nro. 2 die ungehorsame Partei nur mit denjenigen Beweismitteln noch zugelassen werden soll, welche sie innerhalb der Einspruchsfrist ausdrücklich namhaft gemacht hat.

II. Senat. Wille und Meineke gegen Joppert, wegen Erbschaft. 16. December 1856.

27.

Zu §§ 431, 434 N. 3 der h. P.-O. Anfang des Fristenlaufes für Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde wider Urtheile, welche der persönlichen Behändigung nicht unterliegen.

Persönliche Behändigung unnöthig, wenn eine Partei in die Kosten verurtheilt ist.

Die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde in

Digitized by Google

den Fällen des § 431, Nrs. 7, 8, 9, und 11, läuft nach § 434, Nro. 3. der Proceßordnung, da auf den § 401 Schlußsatz verwiesen ist, vom Tage der Behändigung, beziehungsweise der Verkündigung der richterlichen Verfügung nach Maßgabe der in den §§ 140, 197 und 378 ertheilten Vorschriften.

Ein von dem Berufungsrichter abgegebenes Urtheil wodurch der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und in die Kosten verurtheilt ist, braucht, wenn der Anwalt des Klägers bei der Publication gegenwärtig war, nach den §§ 140 und 141 der Proceßordnung der Partei persönlich nicht behändigt zu werden, weil die Entscheidung über die Kosten theils nur eine Folge der Entscheidung in der Hauptsache ist, theils auf Grund derselben nicht unmittelbar, sondern erst nach vorgängiger Liquidation die Einziehung der Kosten erfolgen kann.

Die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein solches Urtheil, auf Grund des § 431, Nrs. 7, 8, 9 und 11, beginnt daher ihren Lauf vom Tage der Publication des Urtheils.

Cassations-Senat. Grauert gegen Lübden, wegen Forderung. 20. December 1856.

28.

a. Zu § 6 des Gesetzes v. 16. December 1843. Es genügt, wenn die schriftliche Klage innerhalb sechs Wochen dem Gerichte übergeben ist.

b. Einrede der Verspätung gestützt auf § 6 des gedachten Gesetzes ist keine dilatorische, nach § 196 d. b. P-O.

a. Die Vorschrift des § 6 des Gesetzes vom 16. December 1843, daß die dort gegebene Klage binnen 6 Wochen vom Datum der Urkunde bei dem Richter der belegenen Sache angebracht werden solle, kann nach der Terminologie der damaligen Proceßgesetzgebung (5. October 1827, § 40) nur dahin aufgefaßt werden, daß die schriftlich abgefaßte Klage binnen der gedachten Frist dem Gerichte der belegenen Sache in der gehörigen Form übergeben sein müsse.

Digitized by Google

Diese Vorschrift hat durch die neuere Proceß-Gesetzgebung eine Abänderung weder erlitten noch erleiden können, vielmehr ist auch jetzt noch die Anbringung der Klage bei dem Gerichte als der den Ablauf der vorgeschriebenen kurzen Verjährungsfrist unterbrechende Act aufzufassen, nicht die nach § 190 der Proceßordnung erst mit Behändigung der Klaganträge eintretende Rechtshängigkeit der Sache. Als Anbringung der Klage im Sinne des gedachten Gesetzes muß aber schon die Einbringung der Klaganträge bei dem Gerichte durch Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei (§§ 94, 143 und 187 der b. P.-O.) und nicht etwa die Behändigung der Klaganträge oder gar die mündliche Verhandlung angesehen werden.

b. Die Einrede der Verspätung der im § 6 des Gesetzes vom 16. December 1843 gegebenen Klage ist keine verzögerliche Einrede im Sinne des § 196 der P.-O., weshalb, falls die Zurückweisung der Klage auf Grund dieser Einrede vom Berufungsrichter wieder aufgehoben wird, die Verhandlung und Entscheidung über anderweitige, der Klage opponirte Einreden, nach den §§ 112 und 422 der b. P.-O. von dem Berufungsrichter vorzunehmen ist.

Hülfs-Senat. Klee gegen Blanke, wegen Anerkennung einer Urkunde. 29. Decbr. 1856.

29.

Klage auf Anerkennung und gerichtliche Vollziehung einer unterkreuzten Urkunde zulässig.

Die Klage auf Anerkennung einer von den Contrahenten durch ihre Namensunterschrift vollzogenen und mit der Tagbestimmung versehenen Urkunde findet auf Grund des § 6 des Gesetzes vom 16. December 1843, die Anmeldung, Eintragung und Bestätigung von Contracten betreffend, auch dann statt, wenn die Urkunde, statt der Unterzeichnung des Namens durch Buchstabenschrift, mit Kreuzen von den Contrahenten unterzeichnet ist.

Die in einem solchen Falle von dem Königlichen Ober-

Digitized by Google

gerichte zu Göttingen zurückgewiesene Anerkennungsklage ist vom Königl. Ober-Appellationsgerichte unter Aufhebung der mittelst Berufung des Klägers angegriffenen obergerichtlichen Sentenz für zulässig erklärt, weil die als Kaufcontract im Eingange sich kund gebende, mit dem Namen Fr. Wüster und mit dreien Kreuzen am Ende unterzeichnete Scriptur vom 23. Juni 1856 den im Sinne des Gesetzes vom 16. Decbr. 1843 anerkennbaren Urkunden um deswillen beizuzählen sei, weil, wenngleich in dem § 6 dieses Gesetzes als Bedingung für die auf Anerkennung gerichtete Klage die Vollziehung mittelst der Unterschriften der Contrahenten angegeben, diesem Worte hier gleichwohl die weitere, nicht auf die Buchstabenschrift beschränkte, sondern auch andere nach der Absicht der Contrahenten die Stelle der Buchstaben versehende Zeichen umfassende Auslegung um so mehr ertheilt werden müsse, als die ständischen Motive, welche der gedachten Bestimmung zum Grunde liegen (Actenstücke der allgemeinen Ständeversammlung, 8. Landtag erste Diät, S. 846), es als die Absicht des Gesetzgebers annehmen lassen, daß alle zur Recognition geeignete, nicht bloß mündlich geschlossene Verträge durch jene Bestimmung haben getroffen werden sollen, nun aber der § 338 der b. P.-O. auch bloße Handzeichen für zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung geeignet erkläre.

I. Senat. Wüster gegen Baumgarten, wegen Anerkennung eines Contracts. 15. Januar 1857.

30.

Zu §§ 218, 395, 600, 633 bis 645, der b. P.-O. Berufung wider ein auf die Ausführung einer besseren Priorität erlassenes Urtheil stets als sofortige zulässig.

Siehe I, Nr. 29.

Gegen ein auf die Ausführung einer besseren Priorität ergangenes Urtheil, einerlei ob dasselbe unbedingt oder durch Beweisführung bedingt eine andere Location ausspricht, ist die sofortige Berufung zulässig.

I. Senat. Schell, Beklagte, gegen Berg- und Forst-

Digitized by Google

amt Clausthal, Kläger, wegen Einräumung einer besseren Priorität. 6. November 1856.

Zur Begründung dieser Entscheidung sind folgende Entscheidungsgründe mitgetheilt:

Der § 218 der bürgerlichen Proceßordnung hat, wie überhaupt der Theil II jenes Gesetzes, nur subsidiäre Geltung für den Concurs und die Zwangsvollstreckung. Zunächst für das ordentliche Verfahren gegeben, hat er ein solches Beweisinterlocut im Auge, welches die Bedingungen für eine auf Grund des Anrufs, der solches provocirt hat, zu gebende anderweite Entscheidung enthält.

Der § 395 läßt gegen jede Definitiva sofortige Berufung zu und verweist außerdem auf Ausnahmebestimmungen, die nicht nothwendig mit unmittelbar hierauf gerichteten Worten gegeben zu sein brauchen.

Daß in den §§ 639 in fin. und 600 allgemein gesagt ist, es finde wider die Entscheidungen, welche über Anträge auf Einräumung einer besseren Priorität abgegeben werden, das Rechtsmittel der Berufung statt, setzt demnach noch keineswegs in Gewißheit, daß der Gesetzgeber gewollt habe, es solle, wenn eine die Priorität bedingende Beweisauflage bestätigt, abgeändert oder neu gemacht worden, nur eine vorbehaltene, die sofortige Berufung aber erst dann Platz greifen, wenn auch über das Ergebniß dieser Beweisführung entschieden worden.

Der entgegengesetzte Wille des Gesetzgebers, daß nämlich eine solche Entscheidung auch dann, wenn sie nur eine durch Beweisführung bedingte ist, sofortiger Berufung unterzogen werden solle, hat dagegen in den Aussprüchen der §§ 633—645 einen völlig genügenden Ausdruck gefunden. Ein solcher ist schon in der durch das alinea 2 des § 634 gegebenen Norm für das Petitum des Antrags auf Einräumung einer besseren Priorität enthalten. Denn, soll diesem zufolge, gerade wie bei einer Klage der Antrag auf Verurtheilung des Gegners

Digitized by Google

oder auf Zuerkennung des angesprochenen Rechts zu richten ist, so hier der Antrag auf die Vornahme der nur begehrten Abänderung der Beweisauflage gerichtet und beschränkt werden, so ist eben eine solche Abänderung oder Neuschaffung einer Beweisauflage oder Bestätigung — die durch einen Anruf auf bessere Locirung, wenn letztere nicht pure erfolgt, allein zu erreichende und jenes Verfahren schließende Entscheidung; ein solches Beweiserkenntniß ist demnach kein Beweisinterlocut im Sinne des § 218, sondern eine Definitiva im Sinne der Nr. des § 395.

Dieser Auffassung entsprechend und folglich dieselbe bestätigend ist denn auch die Norm, welche das alinea 5 des § 642 in Verbindung mit § 643 und 644 al. 1 über die Führung der Beweise giebt, welche die Priorität bedingen.

Sie ist so allgemein gefaßt, daß sie alle diese Beweise ohne Ausnahme begreift, also eben so gut die in Folge einer Anfechtung des ursprünglichen Prioritätsurtheils erst neu vorgeschriebenen, oder abgeänderten, oder bestätigten, als die einer solchen Anfechtung gar nicht unterzogen gewesenen Beweisnormen bezielt. Zu einer Beschränkung derselben auf diejenigen Beweisauflagen, welche in einer Bestreitung der Priorität durch den Concurscurator ihren Grund haben, können die Eingangsworte des § 642 umsoweniger berechtigen, da für die von ihnen nur bezielte Richtigkeit der Forderungen die Bestreitung derselben durch den Curator, anders als bei der Priorität, mit einer rechtlich allein in Betracht kommenden Bestreitung durchaus identisch ist. Sollen aber jenen Normen zufolge die gedachten Beweisführungen sofort nach eingetretener Rechtskraft des Prioritätsurtheils begonnen werden, so müssen die bezüglichen Beweisnormen, auch wo ihre Feststellung das Resultat einer stattgehabten Anfechtung des ursprünglichen Prioritätserkenntnisses ist, einer selbständigen Rechtskraft fähig sein, folglich einer sofortigen Berufung unterliegen.

Soll die Führung der fraglichen Beweise vorgeschriebener Maßen dem Curator, also regulariter nicht dem Pri-

Digitized by Google

oritätsgegner gegenüber geschehen, so kann die Entscheidung darüber auch nur zwischen dem Curator und dem betheiligten Gläubiger ergehen, der Begriff einer vorbehaltenen Berufung im Sinne des § 394 würde daher auf eine Berufung wider das den Prioritätsbeweis feststellende Urtheil gar nicht passen, ein Zeitpunkt für den Beginn der in den §§ 641 u. 600 vorgeschriebenen Fristen nicht gegeben sein. Etwaigen Inconvenienzen, welche aus der Vorschrift des § 643 entstehen können, ist durch alinea 1 des § 644 ausreichend vorgebeugt. Bedenken gegen die Richtigkeit obiger Ansicht zu erzeugen, sind die Aussprüche des § 636 alinea 2 und 638 alinea 1 ganz ungeeignet; da augenscheinlich erstere (siehe §. 638), nur das Verfahren bis zur Abgabe der ersten Entscheidung über den Angriff wider das ursprüngliche Erstigkeitsurtheil zum Gegenstande hat, letzteres aber nur eine Wirkung des abändernden Erkenntnisses für die nicht in den Prioritätsstreit verwickelten Gläubiger ausschließen will. Daß aber wirklich der Gesetzgeber den Willen gehabt habe, dessen Ausspruch in den obgedachten Bestimmungen des alinea 2 im § 634 und alinea 5 im § 642 gefunden ist, wird auch durch folgende Erwägungen höchst wahrscheinlich.

Auch die ursprüngliche durch den Aufruf auf bessere Locirung angegriffene Locirung braucht nur eine durch Beweis bedingte zu sein, und die Berufung wider eine darüber ergehende Entscheidung wird im alinea fin. des § 639 der Wiederholung jenes Angriffs gleichgestellt.

Ein legislativer Grund für einen dahin gerichteten Willen des Gesetzgebers, daß eine Anfechtung des ursprünglichen Prioritätsurtheils jedesmal, also auch im Fall der Bestätigung seiner Beweisauflage, eine Ersetzung der in ihm gegebenen von Beweisen bedingten Location durch eine definitive Location zur Folge haben müsse, würde jedenfalls unerfindlich sein. Wäre diesem Willen Entsprechendes Rechtens, so könnte jene Anfechtung auch lediglich zu dem Zwecke ver-

Digitized by Google

folgt werden, um dadurch eine schleunige und der Concurrenz des Curators entzogene Erledigung des im ursprünglichen Prioritätsurtheil auferlegten Beweises zu erreichen.

Gehörten aber die Beweise für die Priorität in das durch den Antrag auf Einräumung einer besseren Priorität veranlaßte Verfahren, so würde dadurch, abgesehen von den daraus im Falle des §639 leicht entstehenden unbilligen Ungleichheiten, den Vorschriften des § 640, alinea 1, und insbesondere alinea 2, so wie der zweiten Vorschrift unter Nro. 2 des § 645 der Boden fast ganz entzogen und an die Stelle der vom Gesetzgeber gewollten Concentration und Beschleunigung des Concursverfahrens würde eine völlige Zersplitterung und Verschleppung desselben treten.

31.

Vorzug des Dotalpfandrechtes vor dem Pfandrechte ex versione in rem.

Das Pfandrecht ex versione in rem steht dem Dotalpfandrechte der Ehefrau nach.

I. Senat. Schell, Beklagte, gegen Berg- und Forstamt Clausthal, Kläger, wegen Einräumung einer besseren Priorität. 6. November 1856,

Zur Begründung dieser Entscheidung sind folgende Entscheidungsgründe mitgetheilt:

Novelle 97. Cap. 3 spricht im letzten Satze, der sich selbst in den Worten „Volumus igitur" als die eigentliche legislative Disposition ankündigt, ganz allgemein aus,

daß der Ehefrau hinsichts ihrer dos eine privilegirte Hypothek daraus, daß Jemand Geld zur Ausbesserung eines Hauses oder zum Ankauf eines Ackers hergegeben habe, nicht solle opponirt werden können, also daß Jene dem Letzteren vorgehen solle.

Diese Verfügung ist gebauet auf eine Erwägung, welche dieselbe, wenn überhaupt, nur in jener Allgemeinheit rechtfertigen, am wenigsten aber Anlaß bieten konnte, das fragl. Vorzugsrecht der Frau auf den Fall zu beschränken,

Digitized by Google

worin ein jüngerer Creditor in rem emendam etc. in Frage kam. Daß aber gerade in jener Allgemeinheit den Ehefrauen das fragl. Privilegium gegeben werden sollte, bestätigt der Schlußsatz des Cap. 4. Denn diesem kann ein beschränkterer Sinn nicht beigelegt werden, als der: in allen anderen Fällen geht die Frau auch dem creditum in militiam emendam vor, einerlei, ob es älter oder jünger als ihr Pfandrecht ist. Da nun gesagt wird, daß dieses schon durch das eben vorher den Frauen gegebene Privilegium festgestellt sei, so folgt, daß der Kaiser bei letzterem im Cap. 3 der Novella auf das Alter überall kein Gewicht habe legen wollen.

Diesem entgegen erscheint dasjenige, was in dem Cap. 3 jener Disposition und ihrer Begründung voransteht, völlig ungeeignet, die Annahme zu rechtfertigen, daß der Kaiser gewollt habe, die Frau solle nur dem jüngeren creditor ex in rem versione vorgehen, dem älteren aber nachstehen.

Die Worte: veniat autem et alter creditor posterior quidem praetendens autem etc. reichen nicht einst zur Begründung der Annhame aus: der Kaiser habe sich auf die Entscheidung des Verhältnisses der Frau zum jüngeren creditor in rem emendam etc. beschränken wollen, und zwar um so weniger, da das „posterior quidem“ der versio vulgata treffender mit Hombergh dutch „licet posterior“ zu ersetzen ist.

Aber hätte der Wille des Kaisers auch sich auf jenes beschränkt, so könnte dies hier doch nur dann von Erheblichkeit sein, wenn es constirte, daß solches seinen Grund in der Annahme des Gesetzgebers habe, es verstehe sich von selbst, daß dem älteren Creditor ex in rem versione die Ehefrau nachgesetzt werden müsse. Dieser Annahme konnte sich derselbe aber schon deshalb nicht hingeben, weil der Billigkeitsgrund, auf welchem das privilegium pignoris ex in rem versione beruht, nirgends stärker hervortritt, als bei dem jüngeren creditum in rem emendam etc., weshalb solches auch der Hypothek für das ältere creditum zu gleichen Zwecken vorgeht. Wenn also der Kaiser, der sich dieses gerade im Eingange des Cap. 3 vergegenwärtigt hatte, aussprach, die

Digitized by Google

Frau geht einem solchen Gläubiger vor, von welchem die Rede war, so konnte es ihm nicht entgehen, daß aus seiner ausdrücklichen Entscheidung zu Gunsten der Frau, da sie den Ausspruch enthielt, ihr gegenüber solle jener Billigkeitsgrund, auch wo er am dringendsten wird, keine Kraft haben, a posteriori gefolgert werden müsse, daß er ein Vorgehen der Frau auch vor dem älteren creditum ex in rem versione wolle. In der That würde aber auch, da das Pfandrecht des jüngeren creditor ex in rem versione wiederum dem älteren vorgeht, in dem Ausspruche, daß die Frau dem jüngeren vorgehen solle, schon der Ausspruch liegen, daß sie auch dem älteren vorgesetzt werden solle. Denn sollte eine Rechtsregel des Inhalts: A geht dem B, B dem C vor, nicht den Sinn haben: A geht dem B und dem C vor, so würde es unmöglich sein, daß der Richter jemals damit zu Stande käme, darnach sein Urtheil über das Rangverhältniß jener Gläubiger unter einander festzustellen.

Was zur Abweisung dieser Argumentation vorzubringen versucht ist, beruht auf der Verwechselung einer Rechtsregel mit einem durch Rechtskraft oder Vertrag feststehenden Rechtsverhältnisse, oder auf einer völlig unberechtigten Berücksichtigung des Prioritätsgrundes bei der Frage: wer vorgeht.

32.

Voraussetzung und Umfang der privilegia dotis für das nicht in Grundstücken bestehende augmentum dotis.

Augmentum dotis ist alles dasjenige, welches einem bereits bestehenden Brautschatze für die betreffenden Personen als Brautschatz hinzutritt.

Das nicht in Grundstücken bestehende Augmentum dotis hat nach Novelle 97 Cap. 2 nur dann gegen alle Gläubiger des Mannes die privilegia dotis, wenn deren keiner bereits als solcher zu der Zeit existirte, wo die Vermehrung des Brautschatzes geschah, gegen die älteren aber kommen diese Privilegien der Brautschatzvermehrung nur dann zu, wenn sie durch Immobilien beschafft wurde.

Digitized by Google

I. Senat. Schell, Beklagte, gegen Berg- und Forst amt Clausthal, Kläger, wegen Einräumung eine besseren Priorität. 6. November 1856.

33.

Einrede des Litispendenz auch bei der Restitutionsklage,, siehe § 448, zulässig.

Die Thatsache, daß bei irgend einem, wenn auch incompetenten Gerichte von einer Partei die Restitutionsklage erhoben ist, begründet die Einrede der Litispendenz gegen die Erhebung einer neuen Restitutionsklage vor einem anderen Gerichte, denn wenn auch die Restitutionsklage nicht allein aus dem Gesichtspuncte der Klage, sondern zugleich aus dem eines Rechtsmittels anzusehen ist, so ist doch in jedem Falle, da dasselbe Rechtsmittel bei mehreren Gerichten anhängig gemacht ist, wirkliche Rechtshängigkeit immer vorhanden, zumal Restitutionsklagen nach § 448 der Proceßordnung nur wie jede andere Klage erhoben werden können.

II. Senat. Salindirection gegen Dageförde, wegen Einführung fremden Salzes. 21. November 1856.

34.

Adhäsion bei Nichtigkeitsbeschwerden unzulässig.

Eine analoge Anwendung der Vorschriften über Adhäsions-Berufungen auf das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde findet nicht Statt.

Combinirter-Cassationshof. Struve gegen Bock, wegen Bemeierung. 10. Januar 1857.

35.

Behändigung der Berufungsanträge an Streitgenossen, welche einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten bestellt haben.

§§ 406, 121, 33 der b. P.-O. Siehe I. 11, II. 16.

§§ 406, 121 u. 33 der Proceßordnung.

Der § 406 der bürgerlichen Proceßordnung enthält keine Abweichung von den im § 121 folg. der bürgerlichen Proceßordnung enthaltenen Bestimmungen.

Digitized by Google

Daher ist Behändigung der Berufungsanträge an alle Streitgenossen unnöthig, wenn dieselben nach § 33 d. bürgerlichen Proceßordnung einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten bestellt haben.

Brinksitzer zu Westercelle gegen Hofbesitzer daselbst. Hülfssenat, 28. Januar 1857.

26.

Unzulässigkeit einer Widerklage bei Klagen auf Anerkennung eines Contraktes nach § 6 des Gesetzes vom 16. December 1843.

Bei dem nach § 6 des Gesetzes vom 16. Decbr. 1843 über die öffentliche Vollziehung eines Contractes eingeleiteten Proceßverfahren ist nach richtigem Verständnisse der alinea 3, wonach in diesem Verfahren keine andere Einreden als solche, welche die Thatsache der Vollziehung des Vertrages betreffen, zugelassen werden sollen, auch eine Widerklage ausgeschlossen.

Hülfssenat, 9. März 1857.

Klee gegen Blanke.

27.

Ungehorsamsurtheil und Einspruch. §§ 155, 157, 160, 239, 241, 401 der b. P.-O. Siehe II. 26.

Dem Kläger war der Beweis seines Klaggrundes auferlegt, welchen derselbe vor dem Obergerichte Celle im Termine vom 26. April 1854 anzutreten hatte.

Eine im Termine vom Kläger beantragte Fristertheilung wurde auf Antrag des Gegners verworfen und in Gegenwart des klägerischen Anwalts der Beweis für desert, demnach auf Abweisung der Klage erkannt.

Am 29. April 1854 erhob Kläger wider dieses — ihm noch nicht und überhaupt erst am 25. Juli 1854 behändigte — Urtheil Einspruch durch Behändigung von Anträgen, in welchen lediglich um Ansetzung eines Termins behuf Rechtfertigung des Einspruchs und Aufnahme der in dem anzuberaumenden Termine vorzulegenden Beweise gebeten wurde.

Digitized by Google

Termin wurde auf den 5. Juli 1854 anberaumt.

Am 4. Juli behändigte Kläger Beweisanträge. —

Das Gericht erster Instanz verwarf unterm 5ten Juli 1854 den klägerischen Einspruch, weil die Einspruchsanträge in Ermangelung der Anträge in der Hauptsache nach § 160 Nro. 2 der bürgerlichen Proceßordnung als formlos zu betrachten seien. Auf Berufung des Klägers erkannte das Königliche Oberappellationsgericht am 21. Februar 1855 reformatorisch, daß der Einspruch als formell unzulässig nicht zu verwerfen gewesen sei.

Es wurde dabei ausgesprochen:

1) daß die Berufungsfrist gegen das Urtheil vom 5. Juli 1854 zwei Monate betrage, weil dasselbe, obgleich einen Incidentpunct entscheidend, dennoch als ein Endurtheil in der Hauptsache anzusehen sei, indem dadurch Erledigung des Beweisverfahrens und Abweisung der Klage herbeigeführt worden.

2) Daß nach § 155 der bürgerlichen Proceßordnung und obgleich § 239 der bürgerlichen Proceßordnung nur vom Ausbleiben im Termine spreche, Kläger aber in dem Termine vom 26. April 1854 vertreten gewesen, dennoch das Urtheil vom 26. April 1854 als ein Ungehorsamsurtheil anzusehen sei, weil nach dem Wesen des Ungehorsams zwischen der Unterlassung der vorzunehmenden Handlung abseiten des Erschienenen und dem gänzlichen Ausbleiben ein rechtlicher Unterschied nicht zu finden sei.

3) Daß der Verstoß des Klägers gegen die Vorschrift des § 160 Nr. 2 der bürgerlichen Proceßordnung, selbst wenn durch die Beobachtung dieser Vorschrift die formelle Zulässigkeit des Einspruchs und nicht nur dessen Suspensiveffect bedingt werden sollte, vollständig durch die vor Ablauf der Einspruchsfrist dem Beklagten nachträglich am 4. Juni behändigten Beweisanträge gehoben sei.

4) Daß in der Behändigung der Einspruchsanträge vom 29. April 1854 ein Verzicht auf deren Vervollständigung bis zur mündlichen Verhandlung und innerhalb der außerdem für

Digitized by Google

die Behändigung der Einspruchsanträge gesetzlich angeordneten Frist nicht gefunden werden könne.

II. Senat. In Sachen Meinheit gegen Meinheit, wegen Herausgabe eines Vollhofes. 21. Febr. 1855.

38.

Ersatz der Früchte bei Ausübung des Retraktrechtes.

Der Grundsatz des Römischen Rechts, nach welchem der bonae fidei possessor von der Klagerhebung an die gezogenen und vernachlässigten Früchte ersetzt, ist auf die dem Deutschen Rechte angehörende Retractsklage nicht anzuwenden, um so weniger, weil der Käufer eines dem Retracte unterworfenen Grundstücks nicht als bonae fidei possessor, sondern als wahrer Eigenthümer angesehen werden muß, und von dem Retracte keinen andern Schaden haben darf, als den, „die gekaufte Sache dem Retractberechtigten wieder zu überlassen."

Demnach kann die Pflicht zur Erstattung der Früchte nur durch eine mora accipiendi des Käufers rücksichtlich des ihm gegen Herausgabe des Grundstücks zu zahlenden Kaufgeldes begründet werden.

Die bloße Erklärung des Retrahenten aber, daß er in den Kauf eintreten wolle, ist wohl zur Begründung der Klage, keineswegs aber der mora hinreichend, vielmehr die Verbindlichkeit zur Erstattung der gedachten Früchte lediglich dadurch bedingt, daß Retrahent zu baaren Zahlungen des pretii bereit war, so daß es blos an dem Käufer lag, dasselbe anzunehmen.

II. Senat. Ropers gegen Buhbe, wegen Beispruchs. Februar 1857.

39.

In den Herzogthümern Bremen und Verden sind uneheliche Kinder von der Succession in Meiergüter ausgeschlossen. Siehe II. 8.

Dieser Rechtssatz ist folgendermaßen begründet:

Die Grundsätze des Römischen Rechts erleiden bei Bau-

Digitized by Google

ergütern und insbesondere bei der Erbfolge in selbige nur soweit Anwendung, als sie erweislich recipirt sind; dieses ist aber rücksichtlich der den unehelichen Kindern ihrer Mutter gegenüber gemeinrechtlich beigelegten Erbfähigkeit nicht der Fall, indem sie nicht nur nach älterem Deutschen Rechte, sondern besonders durch die geschichtliche Entwicklung des nach und nach festgestellten Erbrechts der Colonen ausgeschlossen worden, dieser Satz auch da, wo geschriebene Meierordnungen vorhanden sind, in der Regel ausdrückliche Anerkennung findet, insbesondere aber auch die notorisch im Bremischen üblichen Meierbriefe ausdrücklich besagen, daß der Meier und seine Frau bei dem Meierrecht geschützt, ihre ehelichen Kinder auch nach diesen vor Andern die Nächsten dazu sein sollen.

II. Senat. Steffens gegen Steffens. 30. April 1857.

40

Zu Nr. 15 der Eheverordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden vom 18. Mai 1753. — Folgen der Annullation einer Ehe für das in derselben geborene Kind.

Der noch in väterlicher Gewalt befindliche A ließ sich 1854, ohne Vorwissen seiner Eltern mit der unverehelichten B im Auslande von einem protestantischen Pfarrer kirchlich trauen.

Bald nachher klagten die Eltern des A bei dem zuständigen Consistorio wider A und B auf Annullation der Ehe wegen mangelnden Consenses auf Grund der angezogenen Eheverordnung für Bremen und Verden, und erwirkten am 13. Februar 1855 rechtskräftig die beantragte Annullation.

Inzwischen war pendente lite aus der Verbindung ein Sohn geboren, welcher auf Antrag seiner Eltern A und B als deren eheliches Kind in das Kirchenbuch der betreffenden Parochie eingetragen wurde.

Da die leiblichen Eltern des Kindes zur Zeit nicht im Stande waren, dasselbe zu alimentiren, ist ein gerichtlich bestellter Vormund wider den Vater des A, als den Großvater des Curanden, mit einer Klage auf Alimentation hervor-

Digitized by Google

getreten, ausführend, daß das Kind als ehelicher Descendent des A, folgeweise auch des Beklagten anzusehen sei, weil die Ehe seiner Eltern nach protestantischem Kirchenrechte an sich gültig abgeschlossen und nur durch den Recissionsantrag der Eltern des A nach der Geburt des Kindes wieder getrennt sei, durch die rechtskräftig ausgesprochene Trennung der frl. Ehe aber bei der rechtlichen Natur des einschlagenden Impedimentes, insbesondere nach caput 2 X de iis qui sint legitimi hinsichtlich der Legitimität des Kindes eine Annullation mit rückwirkender Kraft nicht herbeigeführt sein könne.

Die Klage wurde zurückgewiesen, „weil die Ehe des A und B durch Erkenntniß vom 13. Januar 1855 auf Grund der Nr. 15. der Eheverordnung vom 18. Mai 1753 für rechtlich nicht existirend und nichtig erklärt worden, weil ferner von Seiten des rubricirten Kindes, selbst wenn dasselbe in Beziehung auf A und B für ein ehelich geborenes oder durch nachfolgende Ehe legitimirtes Kind derselben gehalten werden dürfte, aus jenem Verhältnisse jedenfalls dem Beklagten gegenüber keine verwandtschaftlichen Rechte hergeleitet werden könnten, da gerade auf seinen Antrag dasselbe für rechtlich wirkungslos erklärt sei."

II. Senat. Dierks gegen Eylmann. 19. Februar 1857.

41.

In Bremen und Verden steht dem Zehntherrn auch nach Ablösung des Hauptzehntens das Recht auf den Rottzehnten zu.

Ablösungs-Ordnung § 94.

Zehnt-Ordnung für Bremen und Verden vom 2. August 1743.

Im Jahre 1837 hatten Beklagte das auf der ganzen Feldmark zu Etelsen dem Kläger zustehende Zehntrecht abgelöst. Im § 2 des Ablösungsrecesses war hinsichtlich der nicht cultivirten, innerhalb der fraglichen Feldmark belegenen Stücke bestimmt, daß die Rechte des Zehntherrn auf den Rottzehnten, respective dessen Ablösungsäquivalent vorbehalten bleiben soll-

Digitized by Google

ten, falls nach den Gesetzen der Zehntherr auch auf den Rottzehnten Anspruch machen könnte.

Nachdem später Ländereien cultivirt waren, bestätigte das Tribunal das in I. Instanz erlassene Urtheil, in welchem dem Zehntherrn das Recht auf den Rottzehnten zuerkannt war. Es waren folgende Entscheidungsgründe maßgebend:

„Wo ein an cultivirten Grundstücken bestehendes Zehntrecht sich nur als Consequenz des auf einer ganzen Fläche haftenden Zehntrechtes darstellt, erlischt dasselbe in seinem ganzen Umfange durch eine im Allgemeinen erfolgte Ablösung."

Im vorliegenden Falle ist laut § 2 des Ablösungsrecesses de 1837 wegen der nicht cultivirten Grundstücke der Rottzehnten dem Berechtigten vorbehalten, falls derselbe den Rottzehnten nach abgestelltem Hauptzehnten den Rechten nach erhalten könne.

Also ist die letzte Frage zu entscheiden.

Diese Entscheidung ist aus der Verordnung vom 14. December 1831 und der Ablösungs-Ordnung vom 28. März 1833 nicht zu schöpfen, da das Princip der auf die bisherige Nutzung gerichteten Entschädigung nicht entgegensteht, nach § 94 der Ablösungs-Ordnung aber auf die Provinzialgesetze verwiesen wird. In der Zehnt-Ordnung für Bremen, Verden de 2. August 1743 ist aber vorgeschrieben, daß, wer in einer Feldmark den Hauptzehnten habe, auch den Rottzehnten erhalten solle. Dies beweist, daß ein Universalzehntrecht als Quelle sowohl des Haupt- als des Rottzehntens angenommen wird.

Nach dieser allein zulässigen Auffassung fällt die Annahme einer rein accessorischen Natur des Rottzehntens mit den Consequenzen einer solchen Annahme hinweg.

Auch der Gesichtspunkt, daß nach Ablösung des Hauptzehntens von einem noch existenten Rechte nicht mehr die Rede sein könne, ist unzutreffend, weil derselbe auf einer Verwechselung der Existenz und der Realisirung des fraglichen Rechtes beruht.

Digitized by Google

Ebensowenig ist aus der gemeinrechtlichen Natur des Fehntrechtes ein Grund für die Unzertrennlichkeit des Haupt- und Rottzehntes zu entnehmen.

II. Senat. Etelsen geg. v. d. Wisch. 20. März 1857.

42.

Zu Cap. IV. § 12 der Deich-Ordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden. — Gesetzliche Freiheit der Moorländereien von Deichlasten.

Bremische Deich-Ordnung v. 28. Juli 1743 Cap. IV. § 12.

Königliche Verordnung vom 7. Februar 1744, bezüglich des Landes Kehdingen Bützfleth'schen Theils.

Die Bestimmung des Cap. IV. § 12 der Deich-Ordnung:

„Wegen der in Unserm Herzogthume befindlichen und Geest-
„wärts zu an die Marsch anschließenden Moore lassen Wir
„es noch zur Zeit bei dem Herkommen bewenden, und ver-
„willigen, daß die an denselben sich häuslich aufhaltenden
„Moorleute bis auf weitere Verordnung von denen ordi-
„nairen Deichlasten befreit bleiben mögen,"

ergiebt, daß unter den hier erwähnten Mooren nicht etwa nur das jeweilig uncultivirt liegende Moor, sondern diejenigen Districte zu verstehen sind, welche zur Zeit der Emanirung des Gesetzes als von der Marsch verschiedener Moorgrund erkennbar waren.

Dies erhellt namentlich, weil für das Land Kehdingen Bützfleth'schen Theils und zwar rücksichtlich dieses und nur dieses Landestheils durch besondere Königliche Verordnung vom 7. Februar 1744 die Heranziehung der nach und nach cultivirten Moorländereien zu den ordinairen Deichlasten festgesetzt ist. Daher haben die übrigen nach dem Herkommen bisher befreit gewesenen Moorländereien bis zur Aufhebung der gesetzlichen Bestimmung der Deich-Ordnung im Wege der Gesetzgebung einen rechtlichen Anspruch auf Befreiung von den ordinairen Deichlasten.

Auch ist eine Beschränkung der herkömmlichen Freiheit

Digitized by Google

der Moorländereien aus der an die in den Mooren sich aufhaltenden Moorleute gemachten Verwilligung nicht herzuleiten, da durch die angezogene Verordnung vom 7ten Februar 1744 klar zu erkennen gegeben ist, daß die in der Deich-Ordnung sanctionirte herkömmliche Freiheit der Moorländereien nicht durch das Wohnen ihrer Besitzer auf dem Moore bedingt sei. Der fragliche Zusatz findet vielmehr eine hinreichende Erklärung in der nachfolgenden Bestimmung des § 12 Cap. IV. d. Deich-Ordnung, in welcher angeordnet wird, daß die an den Mooren wohnenden Moorleute nicht ihrer Ländereien, sondern ihrer in Niedrigen liegenden, also von dem Deiche geschützten Wohnungen und sonstigen Habseligkeiten halber der extraordinairen Deichlast unterliegen sollen.

II. Senat. Ostermoor-Interessenten gegen Geversdorfer Deichverband. 24. October 1856.

43.

Die Wirksamkeit von Verfügungen der Verwaltungsbehörden. Siehe I. 43.

Die Entscheidung des unter Nr. 42. mitgetheilten Rechtsstreites war noch in anderer Beziehung von Interesse.

Auf Antrag des Deichverbandes hatte die Königliche Landdrostei Stade bereits 1848 eine neue Regulirung der Deichlasten des Verbandes angeordnet und auf Grund technischer Untersuchungen den jetzt klagenden Moorinteressenten einen näher festgestellten Antheil der ordinairen Deichlasten auferlegt. Diese Verfügung wurde ohngeachtet des Seitens der Moor-Interessenten mehrfach erfolgten Widerspruchs von Königlichen Ministerium des Innern aufrecht erhalten.

In den Verfügungen der Verwaltungsbehörden war der Weg Rechtens weder ausdrücklich vorbehalten, noch ausgeschlossen.

Die Moor-Interessenten erhoben im Jahre 1854 gegen den Deichverband bei dem Königlichen Obergerichte Stade eine Klage auf Befreiung von den ihnen gesetzlich nicht obliegenden Deichlasten und erwirkten ein günstiges Erkenntniß.

Digitized by Google

Als die Berufung der Beklagten vor Königlichen Ober-Appellations-Gericht verhandelt wurde, waren die Königlichen Verordnungen vom 1. August 1855 und vom 26. Januar 1856 bereits publicirt und wurden von den Beklagten angezogen, um das Urtheil I. Instanz als die Competenz der Gerichte überschreitend anzufechten.

Es wurde indeß erkannt, daß unbeschadet des Rechtes der Verwaltungsbehörden, behuf Unterhaltung der Deiche diejenigen pflichtig erachteten Personen und Grundstücke heranzuziehen, folglich auch eine neue Deichvertheilung eintreten zu lassen, doch die unter den so herangezogenen Pflichtigen über die Freiheit, resp. Pflichtigkeit entstehenden Streitigkeiten, wofern sie auf einem Rechtsgrunde beruhen, nach allgemeinen durch die Deich-Ordnung nicht abgeänderten, insbesondere durch die Bremische U.-G.-O. vom 5. November 1753 Litt. I., § 5 ausdrücklich bestätigten Grundsätzen, denen die spätere Landesgesetzgebung nicht derogirt hat, als zur Privatrechtssphäre der Unterthanen gehörend, von den Gerichten, wenn dieselben angerufen werden, zu entscheiden sind;

daß daher den Klägern behuf Anerkennung der Freiheit ihrer Grundstücke von der ihnen Seitens des beklagten Deichverbandes angesonnenen ordinairen Deichlast der Weg Rechtens nicht verschlossen werden kann, wenn sie auf Grund einer gesetzlichen Exemtion frei zu sein behaupten,

daß allerdings die desfallsige Klage unbegründet sein würde, wenn durch die beklagtischer Seits angezogenen Verfügungen der Verwaltungsbehörden den Grundstücken die Deichlast definitiv auferlegt wäre und diese Verfügungen entweder überhaupt nicht oder wenigstens nicht durch das Urtheil eines nur gegen den beklagtischen Deichverband geführten Processes beseitigt werden könnten;

daß jedoch durch die in den Bescheiden der Verwaltungsbehörden erfolgte Zurückweisung der klägerischen Einwendungen gegen die Heranziehung ihrer Grundstücke nur ausgesprochen ist, daß gedachte Behörden sich nicht bewogen gefunden haben, von den für die administrative Regulirung

Digitized by Google

der Deichvertheilung als maßgebend hingestellten Principe zurückzutreten, ohne daß damit dieser Regulirung die Bedeutung einer derartigen definitiven gegeben worden, daß dadurch der Rechtsweg gegen den Deichverband ausgeschlossen würde.

Eine von den Beklagten wider dieses Urtheil an die vereinigten Abtheilungen des Cassationssenates auf Grund des § 431. Nr. 1. zur Hand genommenen Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 23. April 1857 nach § 432 Nr. 2 zurückgewiesen.

Combinirter Cassationssenat in eadem causa. 20. April 1857.

44.

Gutsherrlicher Consens zu Ehenoteln und andern Dispositionen in den Herzogthümern Bremen und Verden.

Verordnung vom 20. Juli 1692 Cap. III. § 4.

Der Köthner Heinrich Kruse in Achim verstarb im Frühjahre 1855 kinderlos.

Seine Wittwe setzte sich auf den Grund ihrer Ehestiftung vom 30. October 1851, in welcher die Regel „längst Leib, längst Gut" verabredet war, in den Besitz des von dem Heinrich Kruse nachgelassenen, von der Kirche zu Achim relevirenden Meierhofes.

Zu dieser Ehestiftung ertheilte der Kirchenvorstand zu Achim unter Vorbehalt höherer Genehmigung am 5. December 1855 die gutsherrliche Genehmigung und das Königliche Consistorium zu Stade sprach sich in einer Resolution vom 3. Januar 1856 dahin aus, daß eine förmliche Bemeierung der Wittwe Kruse erst dann erfolgen könne, wenn das von ihr behauptete Successionsrecht gerichtlich festgestellt sein würde.

Der Bruder des Köthners Heinrich Kruse, Lohgerbermeister Kruse in B., forderte nun klagend von der Wittwe Kruse die Herausgabe des fraglichen Meierhofes, während diese den Anspruch bestritt und sich auf ihre Ehestiftung vom 30. October 1851 berief.

Das Gericht erster Instanz erkannte für die Wittwe

Digitized by Google

Kruse, weil ein Vertrag der fraglichen Art von der Gutsherrschaft nicht genehmigt zu werden brauche.

Auf die Berufung des Lohgerbers Kruse erkannte das Tribunal reformatorisch in Gemäßheit des klägerischen Anspruchs unter Mittheilung folgender Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Vorschrift der Verordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden vom 20. Juli 1692 im Cap. III. § 4, wonach Ehenotuln und andere Dispositionen von Meierleuten sowohl inter vivos, als mortis causa ohne gutsherrlichen Consens null und nichtig zu halten — möchte auch nach der im Eingange dieses Paragraphen ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers damit an diesem Orte nur rücksichtlich der einen Brautschatz enthaltenden Dispositionen, was Rechtens, ausgesprochen worden sein — doch in jener ihrer Allgemeinheit als ein im gemeinen Meierrechte begründeter Rechtssatz anzusehen und namentlich auf solche Verträge anzuwenden ist, wodurch die Intestatsuccession in einen Meierhof auszuschließen beabsichtigt wird, indem es zugleich im gutsherrlichen und im öffentlichen Interesse liegt, daß auf einen tauglichen Wirth der Hof überkomme, das Erforderniß des Consenses aber darauf beruht, daß die Proprietät an dem Hofe nicht dem Meier, sondern der Gutsherrschaft zusteht,

in Erwägung daß hiernach die Ehestiftung der Beklagten vom 30. Octbr. 1851, worin ihr durch die Regel „längst Leib, längst Gut" von ihrem im Frühjahr 1855 kinderlos verstorbenen Ehemanne der fragl. Pfarrmeierhof verschrieben ward, um in dieser Beziehung irgend rechtliche Bedeutung zu haben, des nach dem Gesetze vom 13. Octbr. 1848 vom Kirchenvorstande in Achim zu ertheilenden gutsherrlichen Consenses bedurfte;

in Erwägung, daß dieser Consens, wenn er bei dem Vorbehalte höherer Genehmigung und der desfallsigen Erklärung des Consistoriums zu Stade überhaupt als gegeben betrachtet werden kann, jedenfalls erst am 5. December 1855 hinzugekommen ist, während das vom Kläger, als Bruder

Digitized by Google

des weil. Ehemanns der Beklagten, geltend gemachte Intestaterbrecht in den fraglichen Hof demselben im Frühjahr 1855 bereits angefallen war, nun aber die rückwirkende Kraft nachträglicher Genehmigung in sofern beschränkt ist, daß inzwischen von Dritten erworbene Rechte dadurch nicht beseitigt werden können, als wird ꝛc.

II. Senat. Kruse gegen Kruse, wegen Succession in eine Köthnerstelle. 30. April 1857.

45.

Succession bei abgelösten Meierhöfen im Calenbergschen.

Auch bei durch Ablösung frei gewordenen Höfen im Calenbergschen haben die Kinder des Meiers nach der in Betracht kommenden Bestimmung Cap. V, § 3 der Calenbergschen Meierordnung ein Vorzugsrecht vor ihren Geschwistern, welche auf einen andern Hof geheirathet haben.

Unter der in der Verordnung vom 23. Juli 1833, § 3, Abs. 3 gedachten Majoratserbfolge, wie dieselbe bei gutsherrnpflichtigen Bauergütern zur Anwendung kommt, ist nicht die Erbfolge nach Maßgabe des höheren Lebensalters zu verstehen. Es gebührt dieserhalb der ältesten Tochter ein Vorzugsrecht in der Erbfolge vor ihrem jüngeren Bruder nicht.

I. Senat. Rakemann gegen Brookmeyer. 19. März 1857.

46.

Rechtliche Natur der Kirchenlasten im Fürstenthume Osnabrück.

Nach gemeinem Rechte sowohl, als nach der Natur der Sache und dem Zwecke der Kirchenlasten besitzen dieselben nur eine persönliche Eigenschaft. — Diese hat auch durch die Gesetzgebung des Fürstenthums Osnabrück eine Veränderung nicht erlitten, indem die für eine solche Veränderung angezogenen gesetzlichen Bestimmungen nicht zutreffen.

Namentlich läßt die Verordnung vom 7. Septbr. 1631 um so weniger einen Schluß auf die dingliche Natur der Kirchenlasten zu, als darin nicht allein den Obrigkeiten im

Digitized by Google

Falle der Erhebung von Kirchenlaſten die Aufſtellung einer Deſignation der Erben, ſondern auch die Anfertigung eines Verzeichniſſes anderer zu der Anlage Verpflichteten aufgegeben wird.

Die immerwährende Capitulation vom Jahre 1650 enthält aber nur eine Ausführung des Osnabrücker Friedens, ohne ſich über die dingliche oder perſönliche Natur der Kirchenlaſten zu äußern.

Die Concursordnung von 1777 endlich beſchäftigt ſich einestheils mit der Priorität der im Concurſe angemeldeten Forderungen, anderntheils aber handelt § 18 derſelben nur von ſolchen Kirchſpielslaſten, welche auf dem Grund und Boden haften, ohne zu beſtimmen, daß alle Kirchenlaſten auf dem Grund und Boden haften.

III. Senat. Buer gegen Boeſelager. 23. Jan. 1857.

47.

Exceptio rei judicatae.

Kläger behauptete zur Begründung einer angeſtellten actio confessoria,

„daß das an der weſtlichen Seite ſeines Hauſes in einer Vertiefung ſich anſammelnde Waſſer von jeher in den nördlich belegenen Garten des Beklagten abgeleitet ſei und daß Beklagter dieſen Abfluß durch eine hergerichtete Abdammung gehindert habe".

Dieſe Behauptungen wurden dem Kläger rechtskräftig zum Beweiſe verſtellt. Nach Beendigung des Beweisverfahrens erkannte das Gericht 1. Inſtanz den Beweis durch die vernommenen Zeugen als erbracht, weil dieſelben für einen Zeitraum von 40 Jahren die fragliche Ausübung des Rechtes, desgleichen die zum Beweiſe verſtellte Störung durch den Beklagten conſtatirt hätten, der alſo einbezeugte Zeitraum aber für genügend zu erachten ſei, weil es nicht in der Abſicht des Richters gelegen habe, in den Worten „von jeher" den Beweis der unvordenklichen Verjährung aufzuerlegen, wie ſchon deßhalb anzunehmen ſei, weil dem beſtehenden Rechte nach ein ſo langer Zeitraum zum Erwerbe einer Ser-

Digitized by Google

vitut nicht erforderlich erscheine. Auf Berufung des Beklagten reformirte das Königl. O.-A.-Gericht unterm 7. Juni 1854, den Beweis des Klägers für *verfehlt* erklärend, „weil der Kläger sich auf eine eigentliche *Verjährung* überhaupt nicht, sondern nur auf eine längere Ausübung der fraglichen Gerechtsame berufen habe, ohne dabei einen irgend bestimmten Zeitraum anzugeben;

weil aber, nachdem die Klage einmal rechtskräftig für begründet erkannt sei, eine anzustellende Prüfung des Ausdrucks „*von jeher*" den Begriff einer Verjährung im rechtlichen Sinne des Wortes ausschließe und nicht anders angenommen werden könnte, als daß die dem Kläger zum Beweise verstellte „von jeher geschehene Ausübung" der in Frage stehenden Gerechtsame sich mindestens auf die Requisite der unvordenklichen Verjährung habe erstrecken sollen;

weil endlich der Beweis der unvordenklichen Verjährung verfehlt sei, indem die Zeugen hinsichtlich eines über Menschengedenken hinausliegenden Zeitraumes Nichts bekundet hätten.

Es erfolgte eine Abweisung der Klage. —

Im Jahre 1855 erhob der Kläger eine neue confessorische Klage wegen desselben Streitgegenstandes, jetzt bestimmt behauptend,

den fraglichen Wasserabfluß seit 10, selbst seit 30 Jahren gehabt zu haben. — Das Gericht 1. Instanz erkannte die von dem Verklagten vorgeschützte exceptio rei judicatae L. 11, § 1 u. 2 D. — 42, L. 1. 14, § 2 eodem — für begründet und wies die Klage zurück.

Es erfolgte ein reformatorium des höchsten Gerichts, welches auf Beweis erkannte und die exceptio rei judicatae aus folgenden Gründen verwarf.

Es wird allerdings durch die rechtskräftige Entscheidung auf eine im allgemeinen Ausdrücken, ohne specielle Angabe und Beschränkung auf einen bestimmt hervorgehobenen Erwerbsgrund (causa expressa) erhobene Realklage, die Verfolgung desselben, generell in litem deducirt gewesenen juris in re auch auf Grund besonderer, in dem früheren Processe

Digitized by Google

selbst indirect nicht berührten und nicht etwa erst später entstandenen Rechtstitel ausgeschlossen. —

Im vorliegendem Falle kann jedoch das Zutreffen dieser Regel nicht behauptet werden, weil die von dem Gerichte I. Instanz angezogenen Gesetzesstellen gerade den in den Folgen der beiden dort statuirten Fälle sich ergebenden gegensätzlichen Unterschied zwischen einer rei vindicatio, die auf eine zwar vermeintliche, aber bei der Anstellung nicht ausgedrückte causa gestützt ist und einer auf einen bestimmt angegebenen Erwerbstitel gestützten Eigenthumsklage deutlich aussprechen; außerdem auch in der I. 14, § 2 citata, wenn auch ohne wörtlichen Ausdruck des sich gleichwohl von selbst ergebenden Gegensatzes nur für den Fall der non expressa causa die erschöpfende Kraft der actio in rem anerkannt wird.

Wenn es nun im vorliegenden Falle zweifelhaft sein könnte, ob in dem Vorprocesse die Intention des Klägers ausschließlich auf eine praescriptio immemorialis gerichtet und diese beschränkende intentio bereits in der Klage genügend ausgesprochen sei, so ist doch in dem die alleinige Grundlage der exceptio rei judicatae bildenden Erkenntnisse des höchsten Gerichtshofes vom 7. Juni 1854 bestimmt ausgesprochen, daß die Intention des Klägers in erwähnter Maße beschränkt gewesen und daß eben nur in dieser Richtung die Beweisführung zu prüfen und gerade wegen nicht erschöpfender Beweisresultate auf Abweisung der Klage zu erkennen sei.

Hülfssenat. Hirsch gegen Schulz. 18. April 1857.

48.

Begründung der mala fides durch Anmeldung von Ansprüchen.

Der Käufer einer Sache, welcher in Gemeinschaft mit seinem Verkäufer eine Edictalladung aller Derjenigen, welche an das Kaufobjekt Ansprüche machen wollen, erwirkt hat, wird dadurch, daß er weiß, daß ein Dritter solche Ansprüche

Digitized by Google

zu machen beabsichtigt und von der Anmeldung solcher Ansprüche Gebrauch macht, von dem Augenblicke, in welchem er von dieser Anmeldung Kunde erhält, in malam fidem versetzt, weil eine Edictalladung eine Aufforderung zur gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen enthält, die in Folge derselben geschehende Anmeldung aber nichts Anderes, als eine solche gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs ist und der Insinuation der Klage gleichsteht.

II. Senat. Kirchner gegen Maak. 28. Mai 1856.

49.

Zu § 196 der bürgerl. P.-O.

Die Einrede, der klagbar geltend gemachte Einspruch sei verjährt, könne daher nicht mehr im Wege des Processes geltend gemacht werden, ist eine peremtorische und fällt nicht unter die Bestimmungen des § 196 der B. P.-O.

Dagegen ist der Einwand, daß die dem klagbar geltend gemachten Anspruche zu Grunde gelegten Thatsachen für den Verklagten nicht die Möglichkeit geben, mit dem Kläger über die factischen Grundlagen seiner Ansprüche und deren Erheblichkeit zu streiten — die Richtigkeit des Einwandes vorausgesetzt — nothwendig geeignet, den Beklagten einer Einlassung zu entheben, und ist derselbe als die processualische Geltendmachung des Anspruches betreffend, unter § 196 der B. P.-O. zu subsumiren.

I. Senat. Kunze gegen Kruse. 14. Febr. 1856.

50.

Einrede der Retention wegen vorhandener Hypotheken.

Der Käufer klagt die Summe von 800 Thlr. als den fälligen Theil eines unbestritten 2400 Thlr. betragenden Kaufgeldsrestes ein.

Beklagter opponirt, daß auf dem Kaufobjekte mehrere Hypotheken im Gesammtbetrage von 500 Thlr. haften und hält sich bis zur Löschung dieser Hypotheken nicht zur Zahlung verpflichtet.

Digitized by Google

Es würde der Einwand des Beklagten für unbegründet erklärt, weil das rechtliche Interesse desselben an sich über den von ihm angegebenen Betrag der behauptetermaßen auf dem Kaufobjecte haftenden hypothekarischen Ansprüche Dritter und der mit deren Löschung verbundenen Kosten hinaus sich nicht erstrecken, im vorliegenden Falle aber der Beklagte nach Zahlung der eingeklagten 800 Thlr. durch den in seinen Händen verbleibenden Kaufgeldsrest noch mehr als vollständig gesichert bleiben würde.

Hülfssenat. Schwerin gegen Lammers.
15. März 1857.
cfr. Entscheidungen von 1855 bis 1856, Nr. 37.

51.

Klage auf Ersatz gezogener Früchte.

Die selbstständige Klage auf Ersatz der gezogenen Früchte — lex 22, § 2 D. 13, 7 — findet nicht blos gegen den praedo statt, sondern auch gegen jeden injustus et malae fidei possessor, also auch gegen Denjenigen, welcher zwar anfänglich in gutem Glauben besitzend, nachher in malam fidem versetzt wird.

II. Senat. Kirchner gegen Mack. 28. Mai 1856.

52.

Parzelirung von abgelösten Meiergütern in den Herzogthümern Bremen und Verden.

Der Einwand des auf Herausgabe einer verkauften Stelle verklagten Verkäufers,

„daß diese Stelle ehemals dem gutsherrlichen Verbande unterworfen gewesen und später abgelöst sei, daß daher die in dem Kaufcontracte vom 21. September 1855 vereinbarte Trennung eines einzelnen nicht mit verkauften Grundstückes von dem übrigen Bestande der Stelle, der Gültigkeit des gedachten Kaufcontractes entgegenstehe,"

ist gerechtfertigt durch die Berufung auf die im öffentlichen Interesse erlassenen Bestimmungen der Verordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden vom 1. April 1777 § 33 der Verordnung vom 10. November 1831 und § 6

Digitized by Google

der Verordnung vom 23. Juli 1833 die Verhältnisse der durch Ablösung frei gewordenen Güter.

II. Senat. Gloystein gegen Haefner. 1. Mai 1857.

53.

cfr. Nro. 52.

Sollte die als Einrede vorgeschützte Behauptung des Beklagten,

„daß die fragliche Wiese Zubehör eines ehemals meierpflichtigen Geesthofes sei,"

erwiesen werden können, so muß im Allgemeinen nach den unverkennbar gegen Zersplitterung der vom Meierverbande befreiten Höfe gerichteten Bestimmungen der Verordnung vom 1. April 1777, da gesetzliche Verbote im Zweifel — l. 5 cod. de legibus — Nichtigkeit der dagegen vorgenommenen Handlungen zur Folge haben, angenommen werden, daß ohne regiminelle Genehmigung abgeschlossene Kaufcontracte über derartige Parzelen klagbare Rechte für den Verkäufer nicht erzeugen, so lange nicht etwa das Dismembrationsverbot durch Consens der Regimintalbehörde auf den concreten Fall die Anwendung verliert.

Anderseits kann den im § 33 des Gesetzes vom 10. November 1831 und in dem Gesetze vom 23. Juli 1833 getroffenen Bestimmungen nicht etwa die Bedeutung beigemessen werden, daß die in Folge der neueren Ablösungsgesetze frei gewordenen Meierhöfe den schon früher von Meierverbande befreiten Meierhöfen gegenüber derjenigen Dismembrationsverboten, welchen letztere nach den bestehenden Provinzialgesetzen unterworfen sind, nicht unterliegen, sondern eine Sonderstellung einnehmen sollen.

Vielmehr muß, wie auch in den Ausschreiben der Königlichen Landdrostei zu Stade vom 2. Mai 1839 und 24. Jan. 1848 anerkannt wird, angenommen werden, daß auch die nach dem Ablösungsgesetze frei gewordenen Höfe ohne regiminellen Consens nach Maßgabe der Verordnung vom 1. April 1777 mit Rechtseffekt nicht dismembrirt werden können.

Es wurde demnach dem Beklagten der Einredenbeweis nachgelassen,

daß die fragliche Wiese Theil eines meierpflichtigen Hofes sei,

dagegen dem Kläger der Replikenbeweis,

daß die abgesonderte Veräußerung der fraglichen Wiese von der zuständigen Verwaltungsbehörde genehmigt sei.

Hülfssenat. Wedemeyer geg. Nolting. 4. März 1857.

Digitized by Google

54.

Bedeutung der cura sexus im Lande Hadeln für das gerichtliche Verfahren.

Nach ausdrücklicher Vorschrift des Hadeler Landrechts, Theil 3, Titel 1 und 2 sind Wittwen, welche in sofern unverheiratheten Jungfrauen gleichgestellt werden, nicht befähigt, ohne Zuziehung eines beigeordneten Geschlechtsvormundes processualische Handlungen vorzunehmen.

Hieraus folgt von selbst, daß auch ihnen gegenüber gerichtliche Handlungen mit einer rechtlichen Wirkung nicht vorgenommen werden können.

Die Behändigung der Berufungsanträge muß aber nicht nur für eine Handlung gehalten werden, aus welcher Rechte abgeleitet werden dürfen, sondern auch eine durch den Gerichtsvoigt vorgenommene Handlung ist als eine gerichtliche anzusehen, wenngleich sie nicht durch das Gericht selbst, sondern von einer zu dem Zwecke besonders angestellten Person vorgenommen wird.

Daher konnte die Behändigung der Berufungsanträge mit Rechtswirkung für die Beklagte nur an den Geschlechtscurator derselben erfolgen.

II. Senat. Meyer gegen Wolff. 6. Mai 1857.

55.

Voraussetzungen des interdictum uti possidetis. Einreden wider dasselbe.

B klagt gegen M mit der Besitzklage auf Schutz im Besitze seines Hauses. — Der Beklagte sei von ihm seit Jahren ohne besondere Verpflichtung mit Nahrung und Obdacht versehen, habe sich aber seit längerer Zeit schlecht aufgeführt, so daß Kläger ihn nicht behalten wollte und ihn schon 1856 vergeblich aufgefordert habe, das Haus zu räumen.

Beklagter bleibe dennoch, indem er auf Grund eines jedoch nicht existirenden contractlichen Verhältnisses behaupte, daß Kläger ihm lebenslänglich Obdacht und Nahrung geben müsse ꝛc.

Bekl. M. Er läugne und störe den Besitz des Klägers nicht, wolle selbst keinen Besitz, wohl aber verlange er, im Hause zu bleiben, weil er im Jahre 1856 mit dem Kläger einen (näher dargelegten) Erb- und Dienstleistungsvertrag abgeschlossen, der ihn zum Verbleiben in des Klägers Hause berechtige. —

Digitized by Google

Er bestreite die possessorische Klage.

Im Berufungsurtheile wurde ausgesprochen:

1. Nach richtiger, auf Quellenzeugnisse gestützten Rechtsansicht, kann das interdictum uti possidetis zum Schutze eines gestörten juristischen Besitzes gegen den Störer, auch wenn dieser sich selbst juristischen Besitz nicht zuschreibt, angestellt werden, obwohl dem Kläger noch andere petitorische Rechtsmittel zu Gebote stehen.

2. Zur Begründung eines solchen Interdictes ist nichts weiter erforderlich, als juristischer Besitz auf Seiten des Klägers und Störung desselben durch eine den Besitz nicht aufhebende Gewalt oder Drohung auf Seiten des Beklagten.

3. Der Einwand, daß der Kläger selbst dem Beklagten gestattet habe, in seinem Hause zu wohnen, also diejenige Handlung vorzunehmen, welche äußerlich als Störung des Besitzes erscheint, ist nicht für eine nach § 505 der B. P.-O. im Besitzprocesse unzulässige, das Recht selbst betreffende Einrede zu erachten, weil dadurch nicht sowohl das Recht selbst zum Streitgegenstand erhoben, als vielmehr eben nur das Gegentheil des zweiten Erfordernisses — die Abwesenheit eigenmächtiger Besitzstörung behauptet wird.

I. Senat. Meyer gegen Vollmann. 19. Mai 1857.

56.

Der juristische Besitz als solcher berechtigt zur Intervention in der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 583 der B. P.-O.,

weil die mit dem juristischen Besitze einer Sache für den Besitzer verknüpften Rechte verloren gehen würden, wenn dieselbe auf Grund eines unter anderen Personen geführten Processes im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert, oder an den Gläubiger herausgegeben werden soll, hienach und weil der juristische Besitz als selbständige Rechte erzeugend gilt, eben auch schon dieser an einer im Wege der Zwangsvollstreckung in Pfand genommenen Sache für ein solches Recht zu halten ist, wodurch deren Veräußerung oder Herausgabe an den Gläubiger unzulässig wird, die Vorschrift des § 583 der B. P.-O. somit allerdings sowohl der Natur der Sache, als dem Wortverstande nach auf den auf juristischen Besitz und dessen Verletzung gestützten Anspruch zutrifft.

I. Senat. ref. Backhaus Cur. gegen Hammerschlag. 1. Juni 1857.

Digitized by Google

57.

Gutsherrliche Bemeierung eines Unberechtigten ist dem Anerben gegenüber wirkungslos.

Die ohne Einwilligung des oder der zunächst Berechtigten Seitens der Gutsherrschaft erfolgte Bemeierung eines Dritten, vermag dem letzteren dem Successionsberechtigten gegenüber keine Rechte zu verleihen.

Eine solche Verfügung der Gutsherrschaft steht dem Rechte des Anerben oder der Anerbin auf Herausgabe des Meierhofes zu dringen nicht entgegen.

II. Senat. Horstmann gegen Horstmann. 6. Mai 1857.

58.

cfr. § 239 bis 242, 418 Abs. 3, 423 der B. P.-O.

Dem Beklagten war in 1. Instanz ein Einredebeweis in drei copulativ verbundenen Sätzen nachgelassen.

Im Beweisantretungstermine erklärte derselbe, diesen Beweis in der 1. Instanz gar nicht antreten zu wollen. Es wurde auf Antrag des Klägers erkannt, daß Beklagter mit dem fraglichen Beweise ausgeschlossen werde.

Im Wege der Berufung beantragte Beklagter und zwar mit der vorbehaltenen Berufung die Streichung der dritten Copulative des Beweissatzes, im Wege der sofortigen Berufung trat derselbe den Beweis des dreigliedrigen Beweissatzes durch verschiedene neue Beweismittel an.

Kläger bestritt beide Beschwerden; die letztere insbesondere aus dem Grunde, weil nach § 155, 239, 241, 418 Abs. 3 der B. P.-O. der Beklagte auch für die Berufungsinstanz mit neuen Beweismitteln ausgeschlossen sei.

Das Berufungsgericht deferirte der vorbehaltenen Berufung des Beklagten und beseitigte die dritte Copulative.

Hinsichtlich der sofortigen Berufung des Beklagten wurde erkannt, daß diese durch obige Entscheidung von selbst ihre Erledigung gefunden habe,

„da die Beweisnorm für den in Frage kommenden Einwand des Beklagten abgeändert und hieraus von selbst dessen Befugniß folge, diesen Beweis noch in jetziger Instanz anzutreten."

Es wurde demgemäß ein Beweisantretungstermin angesetzt.

I. Senat. Logemann gegen Brake. 26. Mai 1857.

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Tribunals zu Celle,

mitgetheilt

von

den Anwälten Wöltje, Wolde, Gerding,
Reuter, Raven, Haarmann, Himstedt, Naumann, Evers,
Meyersburg, Liedenweg.

Dritter Jahrgang.

1857 — 1858.

Zu beziehen durch die E. H. C. Schulze'sche Buchhandlung in Celle.

Digitized by Google

Notiz.

Es erscheinen jährlich 10 Nummern. Zu beziehen durch die Schulze-sche Buchhandlung in Celle. Der Subscriptionspreis, für den Jahrgang 8 Ggr., ist für die Advocatenwittwencasse in Celle bestimmt.

Die Vertheilung der einzelnen Nummern an die Collegen erfolgt in bisheriger Weise gratis.

Rec. Apr. 30, 1902.

Druck von Schweiger und Pick.

Digitized by Google

Anhang.

Inhalts-Verzeichniß
zum
dritten Jahrgange der Entscheidungen des Tribunals zu Celle.

I. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

1. Beweis des einem allgemeinen Gesetze derogirenden Gewohnheitsrechts. Nr. 16, S. 23.
2. Unzulässigkeit der Eidesdelation bei dem Beweise eines Gewohnheitsrechts. Nr. 68, S. 84.
3. Zulässigkeit eines Suppletoriums bei dem Beweise eines Gewohnheitsrechts. Nr. 67, S. 83.
4. Interpretation der Verordnung vom 24. Octbr. 1822 Nr. 4, die Nichtigkeit der von Minderjährigen eingegangenen Rechtsgeschäfte betreffend. Nr. 85, S. 113.
5. Ueber die Relevanz der Behauptung, daß bei einem urkundlich vorliegenden Rechtsgeschäfte eine bestimmte Absicht zum Grunde gelegen habe. Nr. 3, S. 5.
6. Die Einrede der Präclusion ist eine peremtorische. Nr. 71, S. 87.
7. Einrede der Litispendenz setzt Identität der beiden Rechtsstreite voraus. Nr. 53, S. 66.
8. Rechtskraft von Entscheidungsgründen. Nr. 47, S. 58.
9. Actio rei judicatae gegenüber der Zwangsvollstreckung nach der B. P.-O. von 1850. Nr. 60, S. 77.
10. Ein Restitutionsantrag, welcher dazu dienen soll, um ein klagbar gemachtes Recht gegen einen eingetretenen Verlust aufrecht zu erhalten, muß sofort bei der Klagerhebung geltend gemacht werden. Nr. 79, S. 107.

Digitized by Google

B. Sachenrecht.

11. Besitzklage. Nr. 58, S. 73.
12. Als eine wirksame causa für den Eigenthumserwerb ist die Sicherung einer Forderung nicht anzusehen. Nr. 84, S. 112.
13. Ersatz der Impensen bei der inaedificatio. Nr. 50, S. 63.
14. Untergang von Realrechten durch Consolidation. Nr. 61, S. 78.

C. Obligationenrecht.

15. Die Einrede des nicht erfüllten Contracts kann wegen Nichtgewährung eines nicht existirenden Objects nicht erhoben werden. Nr. 73, S. 94.
16. Kann derjenige, welcher Actien auf Lieferung verkauft hat, den Kaufpreis einklagen, wenn er zur Lieferungszeit die Actien nicht offerirt hat? — Exceptio non impleti contractus bei vollkommen zweiseitigen Obligationen. Nr. 6, S. 8.
17. Gültigkeit einer Conventionalstrafe bei einem ungültigen Hauptvertrage. Nr. 55, S. 68.
18. Ein s. g. Reisender hat nicht ohne Weiteres die rechtliche Stellung eines Justitor. Nr. 1, S. 3.
19. Certioration durch den Cedenten ist der denuntiatio durch den Cessionar gleich zu achten. Nr. 63, S. 79.
20. Haftung des Staats für seine Beamten. Nr. 59, S. 75.
21. Retention des Kaufpretii wegen Mängel der Sache oder drohender Eviction. Nr. 4, S. 7.
22. Retentionseinreden des Käufers wegen vorhandener Hypotheken. Nr. 5, S. 7.
23. Klage auf Rescission eines Kaufgeschäfts wegen Mängel oder dolus. Nr. 57, S. 72.
24. Die zur Begründung der actio Pauliana gehörende dolose Verleitung bildet eine einzige nicht in zwei Copulativen zu zerlegende Thatsache. Nr. 64, S. 80.
25. Actio Pauliana bei Hypothekbestellung. Nr. 43, S. 55.

D. Familienrecht.

26. Scheidung wegen Ehebruchs. Nr. 41, S. 54.
27. Rechtliche Stellung, besonders Proceßführung eines Minderjährigen, welcher in väterlicher Gewalt steht, und nachdem er aus derselben entlassen ist. Nr. 2, S. 4.

Digitized by Google

28. Nießbrauch des Vaters am Sondergute der Kinder im Altenlande kraft Herkommens ausgeschlossen. Nr. 80, S. 108.
29. Bedeutung der bei der Obervormundschaft erfolgten Rechnungsablage des Vormundes, wenn derselbe später auf Restitution von Vorschüssen wider den Pupillen klagt. Nr. 44, S. 56.

E. Erbrecht.

30. Voraussetzungen der Quart der armen Witwe. Nr. 8, S. 12.
31. Begründung der actio ad supplendam legitimam. Nr. 7, S. 11.
32. Erwerbsgrund bei der hereditatis petitio. Nr. 69, S. 86.

F. Besondere deutschrechtliche und provinzielle Verhältnisse.

33. Rechtliche Bedeutung des Meierbriefs im Lüneburgschen. Nr. 14, S. 20.
34. Einrede, daß der Anerbe unfähig sei bei abgelösten Meierhöfen. Nr. 15, S. 22.
35. Ein zwischen dem Meier und einem Dritten abgeschlossener in's Leben getretener, aber aus formellen Gründen nichtiger Uebergabe-Contract enthält an sich keine zur Klage berechtigende Verletzung des Rechts des Anerben. Nr. 56, S. 71.
36. Rechtliche Natur der Abfindungen, insbesondere im Fürstenthume Lüneburg. Nr. 47, S. 58.
37. Fälligkeitstermin der Abfindungen aus Bauergütern. Nr. 49, S. 62.
38. Durch die Annahme einer Abfindung werden die Kinder regelmäßig mit ihren gesammten Erbansprüchen an den elterlichen Nachlaß ausgeschlossen. Nr. 12, S. 16.
39. Succession in Meiergüter, welche von der Meiersfrau herrühren. Nr. 9, S. 13, Nr. 10, S. 13, Nr. 11, S. 14.
40. Succession in einen Meierhof, dessen Besitzer in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hat, wenn der gesetzliche Erbe abgetheilt ist. Nr. 13, S. 19.
41. Succession in Meiergüter in Bremen und Verden. Nr. 48, S. 61.
42. Recht des Meiers und Interimswirths im Bremischen zur Reunionsklage. Nr. 46, S. 58.

Digitized by Google

43. Reunionsklage. Nr. 16, S. 23.
44. Die gesetzlichen Verbote der Veräußerung der Pertinenzien von Bauergütern sind bis auf den Beweis eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechts auch für das Fürstenthum Göttingen gültig. Nr. 16, S. 23.
45. Ersitzung von Reallasten. Nr. 62, S. 79.
46. Bedeutung der Fremdherrschaft für die Möglichkeit der Verjährung von Bannrechten ꝛc. Nr. 42, S. 54.
47. Zu der Verordnung vom 26. Januar 1753 für Northeim, Göttingen, Hameln, Einbeck und Osterode, die Alienation bürgerlicher Güter und das jus retractus betreffend. Nr. 39, S. 49.
48. Rechtliche Natur der Kirchenlasten im Fürstenthum Osnabrück. Beweis eines Gewohnheitsrechts der Dinglichkeit. Nr. 38, S. 47.
49. Ueber Kirchen- und Schullasten-Anwendbarkeit des bestehenden Beitragsfußes für neu hinzugelegte Bezirke. Nr. 83, S. 110.
50. Die Königl. Domainen-Cammer kann durch solche Verfügungen, welche sie kraft der Forstherrlichkeit (im Gegensatze zur Forsthoheit) erläßt, nicht die richterliche Cognition über die dadurch betroffenen Verhältnisse ausschließen. Nr. 78, S. 103.
51. Zum §. 27 des Steuergesetzes vom 21. Octbr. 1834. Nr. 54, S. 67.
52. Proceßführung von Realgemeinden. Nr. 76, S. 98.
53. Zu Tit. XII. und XIII. Cap. 4 der Bentheim'schen Land- und Gerichtsordnung vom 23. Novbr. 1690. Nr. 40, S. 52.

II. Processe.

54. Der hannoversche Richter ist nicht competent, gegen eine von einem ausländischen Gerichte erkannte Präclusion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Nr. 71, S. 87.
55. Der Hannoversche Richter muß die Rechtskraft der Verfügungen ausländischer Gerichte anerkennen, ohne die Competenz der betreffenden Gerichte zu prüfen, diese Prüfung ist nur in dem Ausnahmsfalle des §. 29 der B. P.-O. zulässig. Nr. 71, S. 87.
56. Zu §. 35 und 39 der B. P.-O. Prinzipal-Intervention, Nr. 20, S. 32.

Digitized by Google

57. Zu §. 64 der B. P.-O. Die Staatsanwaltschaft zieht die annotirten Kosten von dem Gegner der armen Partei kraft eigenen Rechts ein. Nr. 21, S. 33.
58. Advocaten als Vertreter der Parteien im obergerichtlichen Verfahren. Nr. 65, S. 82.
59. Bedeutung des Ausdrucks Anwalt. Nr. 22, S. 34.
60. Zu §. 141 der B. P.-O. Nr. 82, S. 109.
61. Zu §. 166 der B. P.-O. Verhältniß des Einspruchs zur Berufung. Nr. 27, S. 38.
62. Zu §. 190 der B. P.-O. Eine proceßhindernde Einrede, insbesondere die Einrede der Litispendenz, kann nicht berücksichtigt werden, wenn dieselbe zur Zeit ihrer Vorschützung unbegründet ist, und kommt es dabei auf den Zeitpunkt der Klagerhebung nicht an. Nr. 23, S. 34.
63. Die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache ist keine verzögerliche Einrede im Sinne des §. 196 der B. P.-O. Nr. 81, S. 108.
64. Zu §. 242 und 447 der B. P.-O. Nr. 51, S. 65.
65. Zu §. 253 Nr. 4 der B. P.-O. Nr. 87, S. 119.
66. Zu §. 282, 292 der B. P.-O. Nr. 26, S. 38.
67. Editionsverfahren und Actenrequisition außerhalb der Beweisinstanz. §§. 312, 318, 326 der B. P.-O. Nr. 24, S. 37.
68. Zu §. 346 der B. P.-O. Nr. 19, S. 30; Nr. 30, S. 42.
69. Zeitpunkt der Geltendmachung von Berufungsbeschwerden nach den §§. 346 und 394 der B. P.-O. Anwendbarkeit des §. 148 auf die Berufungsfrist. Nr. 77, S. 100.
70. Bedeutung eines Diffessionseides für die Anfechtbarkeit der bis dahin gesprochenen Entscheidungen. Nr. 73, S. 94.
71. Zu §. 394 der B. P.-O. Nr. 30, S. 41; Nr. 31, S. 42; Nr. 37, S. 46.
72. Zu §. 395 der B. P.-O. Nr. 19, S. 30.
73. Zulässigkeit der Adhäsion gegen die vom Berufungskläger nicht angefochtenen Urtheile. Nr. 73, S. 94.
74. Einfluß der Berufungsfrist auf die Zulässigkeit neuer Beweismittel. Nr. 72, S. 93.
75. Zu §§. 405, 412, 148 der B. P.-O. Veränderung der Berufungsanträge. Nr. 33, S. 44; Nr. 34, S. 44; Nr. 35, S. 45; Nr. 36, S. 45.
76. Zu §. 406 der B. P.-O. Behändigung der Berufungsanträge an den Anwalt. Nr. 25, S. 38.

Digitized by Google

77. Behändigung der Berufungsanträge bei Streitgenossenschaften. §. 406 der B. P.-O. Nr. 88, S. 120.
78. Die Frist für die Erhebung der Berufung läuft jedem Streitgenossen von dem Zeitpunkte der ihm geschehenen Behändigung der sententia a qua. Nr. 52, S. 65.
79. Zu §. 417 der B. P.-O. Nr. 32, S. 43.
80. Der das Berufungsurtheil betreffende §. 422 der B. P.-O. ist auch auf die Adhäsion anwendbar. Nr. 71, S. 87.
81. Zu §. 425 der B. P.-O. Nr. 37, S. 46.
82. Reformatio in pejus. §. 426 der B. P.-O. Nr. 64, S. 80.
83. Zum §. 430 der B. P.-O. Nr. 66, S. 83.
84. Mangel der Bevollmächtigung als Nichtigkeitsgrund nach §. 431 Nr. 3 der B. P.-O. Beweislast. Nr. 89, S. 120.
85. Zu §. 431 Nr. 9 der B. P.-O. Ein die Nichtigkeitsklage begründender Verstoß gegen eine rechtskräftige Entscheidung liegt nicht vor, wenn im Instanzenzuge die eine Entscheidung durch die andere beseitigt ist. Nr. 29, S. 41.
86. Zu §. 435, 94, 434, 140, 148 der B. P.-O. Nr. 28, S. 40.
87. Prorogation der Parteien im Provocationsprocesse ist zulässig. Nr. 71, S. 87.
88. Zu §. 492 der B. P.-O. Berühmung eines dinglichen Rechts berechtigt nicht zur Provocation. Nr. 45, S. 57.
89. Zu §§. 557, 423, 431 Nr. 1. 8. 9. der B. P.-O. Bedeutung von Proceßgericht. Nr. 86, S. 117.
90. Ueber Feststellung und Herabsetzung der Werthclasse. Nr. 74, S. 96.
91. Honorar für den Sachführer in der Berufungsinstanz. Nr. 70, S. 86.
92. Zum Uebergangsgesetze vom 4. Mai 1852. Concurrenz der Rechtsmittel des älteren und neuen Proceßrechts. Nr. 18, S. 28.
93. Zu §. 6 des Uebergangsgesetzes vom 4. Mai 1852. Nr. 19, S. 30.
94. Anwendbarkeit der Berufung im Sinne des transitorischen Gesetzes vom 4. Mai 1852. §. 6 Nr. 2. Nr. 75, S. 97.
95. Unzulässigkeit der Berufung im Sinne des transitorischen Gesetzes für den Fall, daß im alten Proceßverfahren nach Maßgabe der Pr. allg. Gerichtsordnung ein deferirter Eid normirt ist. Nr. 17, S. 27.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857 — 1858.

Nro. I.

1.

Ein s. g. Reisender hat nicht ohne Weiteres die rechtliche Stellung eines institor.

Kläger hat bei einem Reisenden des Beklagten Waaren bestellt; beide Theile sind Kaufleute. Beklagter will die Waaren nicht liefern; Kläger erhebt Klage, sich darauf stützend, daß der Beklagte aus den Handlungen seines Reisenden verhaftet, wenn gleich nichts davon bekannt sei, ob jener Reisende eine schriftliche Vollmacht besessen habe. Beklagter räumt die Thatsachen und insbesondere, daß der Besteller sein Reisender gewesen sei, ein, fügt aber hinzu, er habe den Reisenden ausdrücklich angewiesen, dem Kläger nichts zu verkaufen. Kläger läugnet das Letztere und meint, daß dadurch eine Beschränkung der beklagtischen Verbindlichkeit aus den Handlungen seines institor nicht hergeleitet werden könne.

Das Proceßgericht hat hierauf den Beklagten als an sich verhaftet erkannt, aber ihm einen Einreden-Beweis darüber nachgelassen, daß er seinem Reisenden die Weisung ertheilt habe, den Kläger nicht zu besuchen.

In der Berufungs-Instanz beschwert sich der Kläger, daß nicht Beklagter ohne Beweisnachlaß verurtheilt sei.

Digitized by Google

Der Beklagte selbst erhebt eine Beschwerde wegen der Auflage des Einreden-Beweises nicht.

Das Berufungsgericht hat erkannt:

In Erwägung, daß die Angabe des Klägers, er habe mit dem Commis S. als dem Reisenden des Beklagten contrahirt, an sich eine Verpflichtung des Letzteren aus diesem Geschäfte noch keineswegs begründet, und es deshalb Sache des Klägers, welcher auf den Inhalt einer dem Commis S. ertheilten Vollmacht sich nicht gestützt hat, gewesen wäre, besondere Behauptungen aufzustellen, um eine solche Stellung des Reisenden, die ihn als allgemein zu Geschäften der vorliegenden Art befugt erscheinen läßt, zu begründen, daß hiernach der Kläger die Vorschriften der Gesetze über die Unwirksamkeit einer nicht bekannt gewordenen Beschränkung in den allgemeinen Befugnissen eines institor nicht für sich geltend machen kann, und es ihm nicht zur Beschwerde gereicht, wenn dem Beklagten der Beweis auferlegt worden, daß die Eingehung von Geschäften mit dem Kläger der dem Commis S. ertheilten Anweisung zuwider gewesen; wird pp. die Beschwerde verworfen.

Urtheil des I. Civil-Senats vom 28. April 1857 in Sachen Barkhausen c. Petri.

2.

Rechtliche Stellung, besonders Proceßführung eines Minderjährigen, welcher in väterlicher Gewalt steht und nachdem er aus derselben entlassen ist.

„Wenn die väterliche Gewalt über den noch minderjährigen, jedoch in die Jahre der Pubertät eingetretenen Querulanten noch nicht aufgehoben ist, fällt derselbe unter die für einen Hausſohn geltenden Bestimmungen des Römischen Rechtes. Also war, weil lex 45. 2 D de re judicata 42. 1. lex 1 und 2 Codicis. 3. 6 nicht von der Assistenz durch den Vater und nur von nicht in väterlicher Gewalt befindlichen Minderjährigen reden — auch die Voraussetzungen der singulären Bestimmung der lex 8 § 1 Co-

Digitized by Google

dicis. 6. 61 hier fehlen, das minderjährige Alter des in die Jahre der Pubertät eingetretenen Querulanten kein rechtliches Hinderniß, sich persönlich verbindlich zu machen und gegen eine solche Verbindlichkeit sich ohne Assistenz seines Vaters oder eines Curators als Verklagter gerichtlich zu vertheidigen.

Wenn aber der minderjährige Querulant mit Zustimmung seines Vaters einen abgesonderten Haushalt angelegt hat, so ist dadurch zwar die väterliche Gewalt über ihn aufgehoben, dennoch aber seine rechtliche Stellung nicht eine solche geworden, welche die Zuziehung eines Curators für ihn zu seiner Proceßführung nöthig machte.

Die einschlagenden Reichs- und Landesgesetze schreiben weder vor, daß solchen Personen ein Curator von richterlichen Amtswegen zuzuordnen sei, noch sprechen dieselben aus, daß die von ihnen allein eingegangenen Verträge unverbindlich seien. Zu der Annahme aber, daß durch jenen Act des Vaters dessen väterliche Gewalt in eine Vormundschaft über den Sohn sich verwandelt habe, fehlt es an Gründen, vielmehr ist als bestehendes Gewohnheitsrecht anzuerkennen, daß durch gedachte Handlung des Vaters dem Sohne zugleich diejenige Selbstständigkeit gegeben werde, welche zur gültigen Besorgung seiner eigenen Rechts- und Vermögensangelegenheiten und zu deren Verfechtung vor Gericht nöthig ist.

Civil-Cassationssenat. 2. December 1854. Ebeling c. Rühms.

III. Senat. Cassel c. Oestern. 26. November 1857.

3.

Ueber die Relevanz der Behauptung, daß bei einem urkundlich vorliegenden Rechtsgeschäfte eine bestimmte Absicht zum Grunde gelegen habe.

Im Jahre 1820 hat die Stadt Münder mit dem Mühlenbesitzer Pape einen Erbenzins-Contract wegen einer Mühle geschlossen. In demselben ist dem Erbenzinsmann Pape

Digitized by Google

auch das Recht gegeben, aus der Stadtforst gewisses Holz gegen Bezahlung des „gewöhnlichen Werths" zu beziehen.

Die Stadt hat den p. Pape auf Bezahlung einer Quantität Holz auf Grund des obigen Contracts verklagt, indem sie den zur Zeit der Lieferung üblichen Preis beansprucht. Der Beklagte prätendirt nach dem Contracte das Recht, das Holz gegen Zahlung desjenigen Preises zu beziehen, welcher bis zum Jahre 1820 von den Besitzern der Erbenzinsmühle bezahlt zu werden pflegte, eventuell desjenigen, welcher im Jahre 1820 der übliche gewesen sei, und behauptet, daß dahin die Absicht der Contrahenten gegangen sei. Hierauf hat er zugleich eine Widerklage auf Anerkennung dieses seines vermeintlichen Rechts gestützt.

Das Königliche Obergericht zu Hameln verurtheilte den Beklagten, indem es seinen Einwand und seine Widerklage verwarf.

Auf die Berufung des Beklagten erkannte der I. Civil-Senat des Königlichen Oberappellationsgerichts:

in Erwägung,

daß dem, im Erbenzins-Contracte vom 26. Januar 1820 §. 2 gebrauchten Ausdrucke: „gewöhnlicher Werth", keineswegs die Bedeutung eines im Jahre 1820 ein für alle Male mit Rücksicht auf bestehende Verhältnisse fixirten Preises, sondern nur die Bedeutung des wahren, also des jedes Mal allgemein gängigen Werths beizumessen ist; insonderheit die Erklärung des befraglichen Ausdrucks durch den Beklagten schon mit der Wortfassung unvereinbar erscheint, welcher zufolge der Ausdruck nicht sowohl das Gewohnte, als vielmehr das Uebliche bedeutet ꝛc.

in Erwägung,

daß dem Beklagten der Beweis seiner Behauptung der entgegenstehenden, in jetziger Instanz des Mehreren präcisirten Absicht der Contrahenten nicht nachgelassen werden kann, weil dem Vorstehenden zufolge die Worte des Contracts einen völlig unzweideutigen Sinn ergeben, an der Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung der Contrahenten

Digitized by Google

nicht zu zweifeln ist, und eine nicht ausgedrückte Absicht gar nicht in Betracht kommen kann, auch selbstständige Thatsachen, welche zur Entkräftung der Worte selbst führen und berechtigen könnten, ihnen einen anderen Sinn, und zwar den von dem Beklagten bezeichneten, als von den Contrahenten gewollt beizulegen, gar nicht angegeben sind; so wird die Berufung verworfen.

I. Senat. Pape c. Münder. September 1857.

4.

Retention des Kaufpretii wegen Mängel der Sache oder drohender Eviction.

Vermöge der von dem Verkäufer zu prästirenden bona fides ist derselbe schuldig, eine nicht als fehlerhaft bezeichnete Sache fehlerfrei abzuliefern.

Andernfalls kann der Käufer mit der exceptio non adimpleti contractus Zahlung der Kaufgelder verweigern.

Bei drohender Eviction ist der Käufer ebenfalls bis dahin, daß ihm genügende Sicherheit bestellt ist, zu solcher Verweigerung berechtigt.

Diese verweigerte Zahlung ist keine Retentionseinrede.

Schon aus diesem Grunde findet sie auch gegen den Concurscurator statt, welcher ohnehin nur als Cessionar des Cridars klagen, also den gegen diesen begründeten Rechten nicht ausweichen kann.

II. Senat. 27. October 1854. Boedecker c. Perl.

5.

Retentionseinreden des Käufers wegen vorhandener Hypotheken.

(cfr. Entscheidungen von 1855 Nro. 37; 1856 Nro. 50.)

Der Käufer ist berechtigt, das volle Kaufpretium so lange zu retiniren, bis die auf dem Kaufobjecte lastenden Hypotheken getilgt sind, und steht der Umstand, daß die Hypotheken den Betrag des eingeforderten Kaufpretii nicht erreichen, diesem unbeschränkten Retentionsrechte nicht entgegen,

Digitized by Google

weil dem Käufer bei dem Bestehen von Hypotheken die Gefahr der Eviction des ganzen Kaufobjectes droht.

Zur Beseitigung der Retentionseinrede genügt aber die Behauptung und der Beweis, daß die fraglichen Hypotheken zur Zeit der erhobenen Klage nicht mehr existiren.

Darauf, daß dieselben in den Hypothekenbüchern bereits gelöscht sind, kommt es nicht an, weil schon von dem erstgedachten Zeitpuncte an alle Wirkungen derselben und damit die Gefahr der Eviction für Käufer aufgehört hat.

II. Senat. Hostmann c. Schacht. 15. Februar 1856.

6.

Kann derjenige, welcher Actien auf Lieferung verkauft hat, den Kaufpreis einklagen, wenn er zur Lieferungszeit die Actien nicht offerirt hat? — exceptio non impleti contractus bei vollkommen zweiseitigen Obligationen.

Die Banquiers **B.** haben an den Beklagten gewisse Actien zu einem festgestellten Course auf Lieferung bis Mitte September 1856 verkauft. Dieses Geschäft ist durch zwei schriftliche Scheine beurkundet. In dem einen Scheine verpflichtet sich der Verkäufer zur Lieferung, in dem andern der Käufer zur Beziehung der Actien bis Mitte September 1856.

Die Verkäufer haben eine Klage erhoben, in welcher sie das Sachverhältniß referiren und Zahlung des Kaufpreises verlangen, ohne daß sie behaupten, ihrerseits zur Lieferungszeit die Actien dem Beklagten offerirt zu haben. Der Käufer hält aus letzterem Grunde die Klage für verwerflich.

Die schriftlichen Scheine selbst sind allererst in der Beweisinstanz zu den Acten gelangt.

Nachdem das Proceßgericht die Klage zugelassen und die Beweisführung instruirt hatte, erhob der Beklagte im Wege der Berufung Beschwerde, weil nicht die sofortige Abweisung der Kläger erfolgt sei.

Das Berufungsgericht erkannte:

Digitized by Google

„die Einrede des nicht erfüllten Contracts ist nicht geeignet, die auf einen reinen Kaufcontract mit Verpflichtung, Zug um Zug, zu erfüllen, gestützte Klage zu beseitigen, weil wenn ein die Verpflichtung zu gleichzeitigen Leistungen beider Contrahenten enthaltender Kaufcontract, wie er von dem Kläger behauptet und zum Beweise verstellt ist, unter den Parteien abgeschlossen worden, der Verkäufer ebensowohl, wie der Käufer auch ohne vorherige Contractserfüllung von seiner Seite auf die Leistung des andern Theils zu klagen befugt, sofern er selbst nur zur Contractserfüllung bereit ist, mithin die erhobene Klage aus diesem Grunde so wenig angebrachter Maßen zu verwerfen, als, wie Beklagter eventuell gebeten hat, die Kläger mit dem Beweise von Thatsachen zu belasten sind, welche nicht einst behauptet waren.

Der Beklagte hat aber der Klage auch die fernere Einrede opponirt, daß er an den Contract nicht weiter gebunden sei, weil die Kläger contractlich bis Mitte September 1856 die gekauften Actien zu liefern gehabt, gleichwohl aber erst am 21. September zu deren Ueberlieferung sich gegen Beklagten bereit erklärt haben, und ist an diese Einrede die Bitte geknüpft, die Klage ganz oder definitiv zurückzuweisen.

Diese Bitte ist zwar nach den Gesetzen nicht schon für gegründet anzunehmen, denn die Eigenschaft der Waare, daß nämlich die verkauften Actien einem raschen Wechsel des Preises unterworfen sind, macht es keineswegs durchaus nothwendig, daß über den Zeitpunct hinaus, welcher zur Erfüllung vertragsweise festgesetzt ist, eben diese Erfüllung von dem Verkäufer so wenig, als von dem Käufer erzwungen werden kann.

Daß aber diese Wirkung der Nichtbeachtung der festgesetzten Erfüllungszeit durch den Vertrag selbst derselben beigelegt sein kann, leidet keinen Zweifel, und ist daher vorab zu untersuchen, ob in dem Vertrage eine Stipulation solchen Inhalts enthalten ist, oder ob die Fristbestimmung nur den Zweck hat, daß vor Ablauf der Frist kein Theil in Verzug gesetzt werden könne.

Digitized by Google

Hier muß sofort zur Prüfung des Beweismaterials übergegangen werden, weil dem Beklagten in der Berufungsinstanz es frei steht, auch die Beschwerden der vorbehaltenen Berufung durch spätere Ermittelungen im Beweisverfahren zu begründen.

Beide Theile sind nun darüber einverstanden, daß die gegenseitig ausgetauschten, zu den Acten gebrachten und anerkannten Urkunden vom 18. August 1856 den unter ihnen zu Stande gekommenen Vertrag enthalten. Der Schein des Beklagten enthält Anerkennung des abgeschlossenen Kaufcontracts und in der gleichzeitig ausgesprochenen Verpflichtung die gekauften Actien bis Mitte September zu beziehen, kann an und für sich nur das Versprechen gefunden werden, dieselben innerhalb der gesetzlichen Frist anzunehmen und zu bezahlen. Der von den Klägern ausgestellte Schein, welcher mit dem Scheine des Beklagten als Theil eines und desselben schriftlichen Vertrages aufzufassen ist, enthält aber die übereinstimmende Zeitbestimmung für die Lieferung, und ist daraus um so mehr zu folgern, daß der Termin nicht nur für den Anfang, sondern auch für das Ende der Verpflichtung hat gesetzt werden sollen, da bei der Beschaffenheit des Gegenstandes des Kaufcontracts, welcher vorwiegend von dem Course seine Bedeutung empfängt, die Natur des Geschäfts es mit sich bringt, daß die Contrahenten einen, von Jedem für einen gewissen Zeitpunct wahrscheinlich gehaltenen Cours ihrer Speculation haben zum Grunde legen, nicht aber sich gegenseitig **in infinitum** das Recht haben einräumen wollen, bei Veränderung des Courses zum Nachtheil des anderen Theils auf Erfüllung des Contracts zu bestehen.

Dagegen kommt auch nicht in Betracht, daß hier ein bestimmter Kalendertag nicht zum dies gesetzt ist, denn unter Mitte Septembers ist nach der natürlichen und usuellen, auch in der Wechselordnung ausdrücklich anerkannten Interpretationsregel der 15. d. M. zu verstehen, so daß es anzusehen ist, als wäre gerade dieser Tag für den Zeitpunct des Anfangs und das Ende der Verpflichtung gesetzt worden; daß aber

Digitized by Google

die Erfüllung nicht an diesem Tage, sondern bis zu selbigem zugesagt worden, gestattet die Annahme, daß über diesen Zeitpunct hinaus die Fortdauer der Verpflichtung nicht hat verabredet sein sollen.

Wenn hiernach schon der Ablauf der Erfüllungsfrist der Klage auf Erfüllung entgegensteht, so kann es auf Beantwortung der Fragen, ob den Klägern mora zur Last fällt, und ob selbige etwa durch gleichzeitige mora des Beklagten unwirksam gemacht wird, und endlich Beklagter wegen etwaiger mora der Kläger von dem Contracte zurückzutreten oder nur Entschädigung zu fordern berechtigt ist, nicht ankommen; es ist vielmehr schon aus dem obigen Grunde der ersten Berufungsbeschwerde des Beklagten in deren Hauptrichtung stattzugeben ꝛc.

Es wird daher unter Aufhebung ꝛc. die erhobene Klage zurückgewiesen."

Urtheil des I. Civil-Senats in Sachen Drechsler c. Benfey vom 15. September 1857.

7.

Begründung der actio ad supplendam legitimam.

1. Die actio ad supplendam legitimam setzt stets Angabe der Verletzung im Pflichttheile voraus. — Wenn dazu auch eine detaillirte Veranschlagung der ganzen Erbschaftsmasse nicht gehört, so kann es doch in dem Falle, wenn der Pflichttheilsberechtigte Vermögensgegenstände noch zur Lebenszeit des Erblassers unter der Verpflichtung der Anrechnung auf seinen dereinstigen Erbtheil empfangen hat, nicht genügen, eine Quote der Erbschaft zu fordern. Vielmehr gehört es alsdann wesentlich zur Substantiirung der Klage, daß der Werth des Empfangenen angegeben werde.

2. Die dem Kläger von seinem Vater durch Erbvertrag zugesicherte und noch bei Lebzeiten des Vaters übertragene Anbauerstelle muß sich der Kläger auf seinen Erbtheil anrechnen lassen, da jene Uebertragung den Charakter einer anticipirten Erbfolge nothwendig an sich tragen

Digitized by Google

muß, und wird diese Verpflichtung des Klägers durch seine Behauptung, daß die abgetretene Stelle im Meierverbande gestanden habe, nicht beseitigt.

Da nun Kläger nicht angegeben hat, zu welchem geringeren Werthe er Dasjenige, was er erhalten, veranschlagt wissen will, mußte die Klage in angebrachter Maaße zurückgewiesen werden.

3. Die persönliche Klage zur Ergänzung des Pflichttheils ist ferner nicht wie die Erbschaftsklage gegen den dritten Besitzer von Erbschaftssachen, auch nicht gegen den Legatar, sondern allein gegen die Miterben zu richten.

I. Senat. Nordholz c. Nordholz. 24. September 1857.

8.

Voraussetzungen der Quart der armen Wittwe.

Die **Quarta conjugis inopis** ist dadurch bedingt, daß die Wittwe undotirt ist. Hat sie eine dos inserirt, so findet der Anspruch auf die Quart nicht statt, wenn auch die dos ungenügend ist.

II. Senat. Hirsch c. Wenz 22. September 1854.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. II.

9.

Succession in Meiergüter, welche von der Meiersfrau herrühren.

Mittelst Ehestiftung vom 5. April 1809 heirathete die unverehelichte Rodach ihren Bräutigam Mente zu sich in den ihr zustehenden Hof, und ist derselbe gutsherrlich bemeiert worden.

Nach seinem 1833 erfolgten Tode hat sie den ꝛc. Grebien geheirathet, und ist bei dieser Gelegenheit ein Interimswirthschaftscontract errichtet, in welchem den noch zu erzeugenden Kindern Abfindungen vorbehalten werden.

Von einem Anerbenrechte der Kinder erster und zweiter Ehe ist nicht die Rede. — Nach Ablauf der Regierungsjahre hat die älteste Tochter aus erster Ehe mit Mente, den Interimswirth auf Herausgabe der Stelle belangt, dieser sich aber geweigert, weil seinem Sohne, dem Halbbruder der Klägerin das Anerbenrecht zustehe. Dieser Einwand ist für begründet erkannt.

II. Senat. Werner c. Grebien. 1853.

10.

(cfr. Nro. 9.)

Der gemeinschaftliche Vater der Parteien hat sich im

Digitized by Google

Jahre 1804 mit der Mutter der Klägerin verheirathet. Nach der damals aufgenommenen, gutsherrlich bestätigten Ehestiftung ist bestimmt, daß die Braut den ihr angeerbten (jetzt in Frage stehenden) Meierhof mit allem darauf befindlichen Allodio ihrem Bräutigam zubringe und denselben alles dessen theilhaftig mache.

Nach dem Tode der ersten Frau, bei welchem nur eine Tochter, die jetzige Klägerin, am Leben war, hat sich der Vater wieder verheirathet und später einem Sohne zweiter Ehe, dem jetzigen Beklagten, die Meierstelle abgetreten.

Von diesem ihren Halbbruder verlangt Klägerin Herausgabe der Stelle.

Die Klage ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Nach dem hier anwendbaren Rechte des Fürstenthums Lüneburg vererben sich die Meiergüter zwar nicht lediglich in der männlichen Linie. Das Anerbenrecht einer Tochter ist vielmehr demjenigen eines Sohnes vollständig gleichartig. Nur die Erbfolgeordnung ist durch das Successionsedict vom 19. Mai 1702 geregelt worden.

Die Ehefrau verliert keineswegs schon durch ihre Verheirathung ihr Anrecht an dem von ihr herrührenden Meiergute, und ihr Ehemann wird nicht schon durch die Einheirathung in einen Meierhof dessen meierrechtlicher Eigenthümer.

Als solcher muß er aber alsdann angesehen werden, wenn er nach dem Willen und der Erklärung seiner Ehefrau ihres Colonatrechtes theilhaftig gemacht und mit ihrer Zustimmung von dem Gutsherrn als Meier angenommen ist.

Im vorliegenden Falle ist nach Inhalt der Ehestiftung von 1804 nicht etwa blos der Meierhof dem Ehemanne in dotem oder als Brautschatz inferirt, sondern ohne diese Beschränkung mit dem Zusatze zugebracht, daß sie ihren damaligen Bräutigam alles dessen theilhaftig mache. Dieser Wortausdruck kann aber nur als eine Aufnahme in ihr Co-

Digitized by Google

lonatrecht gedeutet werden, enthält also eine Zustimmung zu dieser Aufnahme, welche von der Gutsherrschaft genehmigt ist.

Da hiernach der gemeinschaftliche Vater der Parteien nicht blos meierrechtlicher Nutznießer gewesen, sondern Inhaber des Meierrechts geworden ist, so hat sich bei dem Tode der ersten Ehefrau kein Successionsfall ereignet, sondern erst durch den Tod des Vaters ist eine Erbfolge eröffnet. Bei dieser aber ist dem Beklagten als Sohne der Vorzug vor der Klägerin zuzuerkennen.

II. Senat. Schröder c. Wiedenroth. 1. November 1854.

11.
(cfr. Nro. 9.)

Klägerin, welche ihrem Ehemanne einen von ihr relevirenden Meierhof zugeheirathet hat, fordert nach dessen Tode die Herausgabe des Hofes von den Erben.

Der Ehemann ist von der Gutsherrschaft bemeiert.

Ob letzteres mit Zustimmung der Klägerin geschehen sei, steht zur Zeit nicht fest.

Das Gericht erkannte für die Klägerin und sprach dabei aus:

Bei einer meierrechtlichen Uebertragung der gedachten Stelle auf den Ehemann der Klägerin, welcher die Stelle als Anerbin zugefallen war, wäre die Einwilligung der Klägerin erforderlich gewesen.

Selbst wenn die Klägerin ihren ersten Ehemann der Gutsherrschaft wirklich als Meier präsentirt haben, und in Folge davon demselben der fragliche Meierhof ertheilt sein sollte, würde dadurch das ihr zugestanden gewesene Meierrecht nicht ohne Weiteres und vollständig auf ihren Ehemann übergegangen sein. Zur Bewirkung eines solchen Ueberganges wäre die von Seiten der Klägerin zu erkennen gegebene Absicht, ihr ganzes Recht auf ihren Ehemann übertragen zu wollen, erforderlich gewesen sei.

Eine solche Absicht kann jedoch aus einer von ihr etwa

Digitized by Google

vorgenommenen einfachen Präsentirung ihres Ehemannes und der darauf erfolgten Ertheilung des Meierbriefes von Seiten der Gutsherrschaft nicht abgenommen werden. Eine einseitig angenommene Bemeierung würde für die Rechte der Klägerin an der auf sie vererbten Meierstelle völlig wirkungslos sein.

Hiernach hat weder die einseitig erfolgte Bemeierung des klägerischen Ehemannes, noch die etwa erfolgte Zustimmung der Klägerin den Uebergang ihres Meierrechtes auf ihren ersten Ehemann, folgeweis auch nicht nach seinem Tode auf dessen Kinder bewirken können.

II. Senat. Helmke c. Michaelis. 25. Februar 1857.

In gleicher Weise ist am 23. October 1857 in Sachen Pentzhorn c. v. Alven erkannt und der Tochter erster Ehe der Vorzug vor dem Sohne zweiter Ehe hinsichtlich eines von der Frau erster Ehe inferirten Meierhofes zuerkannt.

Die Behauptung des Sohnes, daß seinem Vater der fragliche Hof von seiner ersten Ehefrau mit gutsherrlicher Genehmigung zu eigner Bewirthschaftung übertragen und daß derselbe bemeiert sei, wurde für ungenügend erkannt, um einen Uebergang des Meierrechts erkennen zu lassen. —

12.

Durch die Annahme einer Abfindung werden die Kinder regelmäßig mit ihren gesammten Erbansprüchen an den elterlichen Nachlaß ausgeschlossen.

Es ist als für unser Meierrecht feststehend anzusehen, daß der Meier auch bei seinen Lebzeiten und ohne damit bereits eine Uebertragung des Hofes auf seinen Anerben gegen Auswerfung einer Leibzucht zu verbinden, einzelne seiner Kinder durch Auslobung eines Brautschatzes dergestalt von seinem Vermögen abzufinden befugt ist, daß sie, wenn er demnächst den Hof abgiebt, oder auf diesem als Meier ver-

Digitized by Google

stirbt, regulariter von seinem bei dieser Gelegenheit auf seine Kinder übergehenden Vermögen nichts weiter zu beanspruchen haben. Nur wegen Pflichttheilsverletzung und etwa im Falle, daß durch unerwartete ungewöhnliche Zufälligkeiten sein Vermögen einen verhältnißmäßig bedeutenden Zuwachs erhalten haben sollte, von dem Gesichtspuncte aus, daß anzunehmen sei, der hier entscheidende Wille des Vaters sei nicht auf Ausschließung des Kindes von der Theilnahme an jenem besonderen Glücksfalle gerichtet gewesen, würde ihm eine Anfechtung jener Verfügung zustehen.

Daß nicht, wenn ein solches abgefundenes Kind mit Hinterlassung von Kindern in einem Zeitpuncte verstirbt, in welchem die Succession in den Hof ꝛc. noch nicht durch den Tod des Meiers oder durch seine Beziehung der Leibzucht eröffnet war, nun abermals, unter Anwendung der Principien des Römischen Rechts, eine Abfindung für die Kinder desselben auszuwerfen sei, letztere sich vielmehr mit der ihrer Mutter ꝛc. ausgeworfenen Abfindung zu begnügen haben, mag solche nun bereits ausgezahlt sein oder nicht, darf ebenfalls als feststehend angesehen werden. Die vom Meier bereits abgefundenen Kinder und deren Kinder kommen für die bei seinem Tode oder bei Abgabe des Hofes vorzunehmenden Ablageregulirungen gar nicht weiter in Betracht, insoweit er sie nicht selbst noch dazu beruft. Daß eine solche Ablobung, auch wenn sie mit der hierfür ganz unwesentlichen Zustimmung des Kindes dazu, daß es das ihm Ausgeworfene als eine gänzliche Abfindung erhalte, vorgenommen wird, nach der Verordnung vom 28. December 1821 nicht unter den Begriff eines Verzichts auf eine künftige Succession subsummirt werden soll, auf sie also weder die Formvorschriften jenes Gesetzes, noch die sonst für solche Verzichte geltenden Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen sollen, für einen darauf gehenden Willen des Gesetzgebers giebt schon die Wortfassung des §. 17 der Verordnung eine dringende Vermuthung, da bei der Häufigkeit solcher Geschäfte, wie die Ablobung ausheirathender Bauerkinder, kaum anzunehmen ist,

Digitized by Google

daß der Gesetzgeber ihrer nicht besonders gedacht haben sollte, wenn er dafür gehalten hätte, daß für sie das dort von ihm Bestimmte irgend in Frage kommen könne.

Eine Beschränkung der Anwendung jenes Princips für den Fall, daß der Vater, wie hier behauptet wird, außer dem mit dem Hofe auf den Anerben nothwendig oder gewöhnlich übergehenden Allodio an Immobilien und Mobilien, noch anderes Vermögen, namentlich ausstehende Forderungen oder baares Geld ꝛc. besaß, läßt sich auch nicht rechtfertigen, obgleich nicht zu verkennen ist, daß in einem solchen Falle dessen Geltung größeren Bedenken unterliegen mag. Letztere müssen nämlich folgenden Erwägungen weichen. Eine theilweise Gültigkeit einer Abfindung, welche vom ganzen Vermögen gegeben ist, je nachdem unter solchem sich im engeren oder weiteren Sinne mit der Stelle verbundenes und resp. ganz freies Allodialvermögen befindet, ist unmöglich. Die fragliche Abfindungsbestimmung müßte also in allen den Fällen gänzlich ungültig sein, wo der Meier außer jenem mit der Stelle verbundenen Allodio sonst noch irgend Vermögen besitzt. Dennoch wird gerade dieser Fall schon immer ein sehr häufiger gewesen sein, ohne daß die volle Wirksamkeit jener Bestimmung bezweifelt wäre. Man muß ihr daher vielmehr auch dann volle Wirksamkeit beimessen, wenn der Meier, außer jenem mit der Stelle verbundenen Allodio, ein erhebliches freies Vermögen besitzt. Sodann aber kann die Geltung jenes Princips auch nicht als auf solche Bauergüter, welche im Meierverbande stehen, beschränkt angesehen werden, es stellt sich also mehr als ein Standesrecht, denn als ein Recht der Meiergüter und ihrer Besitzer als solches dar.

Der Vater des verklagten Curanden hat nun in dem von dem Amte Nienburg, welches auch die Gutsherrschaft vertrat, bestätigten Acte vom 1. April 1824, durch welchen er den Brautschatz der Mutter der Klägerin von 900 Thlr. auf 1300 Thlr. erhöhte, auf das Bestimmteste erklärt, daß sie damit völlig abgefunden sein solle und an seine Stelle,

Digitized by Google

so wie an sein Allodialvermögen, überall weiter keine Ansprüche zu machen habe.

Gründe, aus welchen der Klägerin Mutter, wenn sie noch lebte, jener Disposition ihres Vaters unerachtet, ausnahmsweise nicht gebunden wäre, sich bei seinem Ableben mit gedachtem Betrage zu begnügen, sind von der Klägerin nicht geltend gemacht.

Dem Obigen zufolge ist daher auch ihre hier angestellte Erbtheilungsklage als durch jene Disposition ihres Großvaters elidirt zu erachten.

I. Senat. Bülter c. Behling. 26. Februar 1857.

13.

Succession in einen Meierhof, dessen Besitzer in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hat, wenn der gesetzliche Anerbe abgetheilt ist.

Kläger als einziger Sohn eines verstorbenen Meiers fordert von seiner Stiefschwester den von dem Vater hinterlassenen Vollhof.

Beklagte beruft sich darauf, daß der gemeinschaftliche Vater beider Theile dreimal verheirathet gewesen sei, mit den Frauen erster und zweiter Ehe in allgemeiner Gütergemeinschaft unter Herrschaft des Lüneburger Stadtrechtes gelebt, seine Kinder erster und zweiter Ehe auf rechtsbeständige Weise abgetheilt habe, und daß nach der gutsherrlich bestätigten, mit der dritten Ehefrau abgeschlossenen Ehestiftung das Erbrecht nur den Kindern dritter Ehe vorbehalten sei. Der Kläger aber sei vollständig abgetheilt und abgefunden. — Auch habe Beklagte den Hof bereits ersessen. Das Gericht verwarf sämmtliche Einreden der Beklagten aus folgenden Gründen:

Nach dem **edictum successiorum** vom 19. Mai 1702 ist bei dem ausgesprochenen Vorzuge der Söhne vor den Töchtern das Anerbenrecht des Klägers an sich ohne Zweifel.

Die auf die erfolgte Abtheilung gestützte Einrede ist unerheblich.

Wenn auch der Vater des Klägers mit seiner im Jahre

Digitized by Google

1824 verstorbenen Frau (der Mutter des Klägers) unstreitig in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hat, diese Gütergemeinschaft auch außerhalb des Stadtbezirks belegene, der freien Disposition unterworfene Vermögenstheile an und für sich wohl umfaßt und dieses Rechtsverhältniß nur durch eine dem Lüneburgischen Stadtrechte entsprechende Abtheilung, wie solche durch die anderweite beabsichtigte Verheirathung des klägerischen Vaters nach Theil III, Titel IV, Abs. 3 des Lüneburgischen Statuts geboten war, aufgehoben werden konnte, so wird doch in Bauergüter vermöge ihrer eigenthümlichen Verhältnisse nach besonderen Gesetzen succedirt.

Diese richten sich lediglich nach dem Orte der belegenen Sache und könnte mithin ein rücksichtlich eines Meiergutes auf speciellen Gesetzen beruhendes Anerbenrecht durch die behauptete Abtheilung ohne Weiteres nicht beseitigt werden. Ebenso wenig konnte dies durch einseitige Bestimmung der Gutsherrschaft geschehen.

Auch auf eine inzwischen eingetretene Verjährung darf Beklagte sich nicht berufen, da die einseitige und auf einer irrthümlichen Voraussetzung beruhende Abänderung der gesetzlichen Successionsordnung weder einen Usukapionsbesitz, noch einen gerechten Titel begründen kann.

II. Senat. Gause c. Gause. 15. Novbr. 1853.

14.

Rechtliche Bedeutung des Meierbriefs im Lüneburgschen.

Der Kläger bezog sich in einer wegen Meiergefälle angestellten Klage darauf, daß er als Lehnssuccessor in das gutsherrliche Recht gegen den Beklagten als jetzigen Hofesinhaber eingetreten sei, daß der frühere Gutsherr den Beklagten einen Meierbrief behändigt habe, dieser Meierbrief den bindenden Maßstab für die Meiergefälle bilde und deshalb Beklagter schuldig sei, die hiernach sich ergebenden jährlichen Gefälle zu liefern; Kläger gab an, wie viel nach jetzigem Hannoverschen Landesgemäße die in dem Meierbriefe nach „alten Celler Himten" bezeichneten Korngefälle betrügen,

Digitized by Google

wie viel der Beklagte bislang weniger geliefert habe und wie viel derselbe deshalb nachliefern müsse.

Der Beklagte bestritt zwar nicht den Meiernexus an sich, wohl aber den vom Kläger beanspruchten Umfang der Gefälle; er gab zu, daß er die in dem Meierbriefe genannte Himtenzahl früher zu liefern gehabt habe, behauptete aber, es habe dabei ein gewisses noch auf seinem Hofe vorhandenes altes Gemäß zum Grunde gelegen und dieses Gemäß sei auch unter dem Ausdrucke „alter Celler Himten" zu verstehen. Daneben suchte Beklagter auszuführen, daß der fragliche Meierbrief überall nicht maßgebend und für ihn nicht bindend sein könne, zumal er nicht erster Erwerber des Hofes, sondern Sohn und Anerbe des vorigen Wirths gewesen sei. Letzteres Factum wurde vom Kläger eingeräumt.

Die Klage wurde für begründet und soweit der Meierbrief Auskunft über die Gefälle gebe, liquide erkannt.

Beklagter beschwerte sich im Wege der Berufung darüber, daß die Klage nicht verworfen sei, indem er auszuführen suchte, daß der vom Kläger in Bezug genommene Meierbrief als ein genügendes Fundament der geltend gemachten Ansprüche nicht anzusehen sei. Außerdem stellte er noch besondere, die Verbindlichkeit des Meierbriefs an sich nicht berührende Gegenbehauptungen auf.

Der II. Civilsenat des Königlichen Oberappellationsgerichts erkannte hierauf:

„in Erwägung,

daß nach den im Fürstenthume Lüneburg geltenden meierrechtlichen Grundsätzen der Meierbrief als der das gegenseitige rechtliche Verhältniß zwischen Gutsherrn und Colonen mit rechtsverbindlicher Kraft bestimmende Vertrag zunächst alsdann anzusehen ist, wenn es sich um eine nach stattgehabtem Heimfalle erfolgte neue Verleihung des Meiergutes handelt, daß jedoch von einem derartigen Falle, ungeachtet der in dem vorliegenden Meierbriefe enthaltenen Eingangsbemerkung, hier überall nicht die Rede sein kann, da der ursprüngliche Beklagte, dem klägerischen Zugeständnisse zu-

Digitized by Google

folge, ein Sohn des letzten Hofbesitzers gewesen ist, mithin lediglich ein gesetzliches Successionsrecht, in keiner Weise aber ein Heimfall in Rede stand";

„in Erwägung jedoch,

daß einem Meierbriefe auch in Fällen der vorliegenden Art die Wirkung rechtsverbindlicher Kraft der darin über die gutsherrlichen Gefälle enthaltenen Angaben nicht abgesprochen werden kann, wenn derselbe durch Annahme und widerspruchloses Behalten die Anerkennung seines Inhaltes abseiten des Pflichtigen gefunden hat und insofern von dem Letzteren nicht etwa eine zu seinem Nachtheile vorgenommene Abweichung von den bestehenden gegenseitigen Rechtsverhältnissen nachgewiesen werden kann";

„in Erwägung nun,

daß der oben gedachte Meierbrief bereits im Jahre 1832 für den beklagtischen Hof ausgefertigt worden ist und seit jener Zeit nicht allein keinen Widerspruch von Seiten des Beklagten gefunden hat, sondern seinem Inhalte nach, soweit die Korngefälle in Frage stehen, vielmehr von dem Beklagten durch das von ihm in seiner Duplik abgelegte, auch in dieser Instanz wiederholte Geständniß, daß die fraglichen Korngefälle nach der in dem Meierbriefe angeführten Himtenzahl in Celler Himtenmaße geliefert werden müssen, eine ausdrückliche Anerkennung gefunden hat";

„in Erwägung ferner,

daß die mit diesem Geständnisse verbundene Modification ꝛc. eine andere Wirkung, als die der Nachlassung eines desfallsigen Beweises nicht haben kann; wird ꝛc. dem Beklagten noch ein Beweis auferlegt ꝛc."

Urtheil des II. Civil-Senats vom 9. October 1857, in Sachen Wiedecamp c. v. Bothmer.

15.

Einrede, daß der Anerbe unfähig sei bei abgelösten Meierhöfen.

Dem auf Herausgabe seines väterlichen, vom Meier-

Digitized by Google

verbande abgelösten Hofes klagenden Anerben wurde von der verklagten Mutter opponirt, daß er unfähig sei, den Hof zu bewirthschaften, und war der Beklagten in erster Instanz ein entsprechender Einredenbeweis nachgelassen.

Dieser Beweis wurde in der Berufungsinstanz beseitigt,

weil selbst, wenn nicht schon auf den Umstand Gewicht zu legen wäre, daß die Bezugnahme auf eine Unfähigkeit des zur Succession berufenen Anerben, somit die Ausschließung desselben nur von dem betreffenden Gutsherrn erfolgen könnte,

im vorliegenden Falle jedoch der fragl. Hof vom gutsherrlichen Verbande abgelöset, mithin das zur Geltendmachung jenes Einwandes berechtigte Subject nicht mehr vorhanden ist,

auch die Beklagte auf das Recht eines Dritten sich nicht berufen kann und dasselbe höchstens von dem nach dem Wegfallen des Anerben zunächst zur Succession Berufenen geltend gemacht werden könnte.

II. Senat. Fick c. Fick. 15. September 1857.

16.

a. Die gesetzlichen Verbote der Veräußerung der Pertinenzien von Bauergütern sind bis auf den Beweis eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes auch für das Fürstenthum Göttingen gültig.

b. Beweis des einem allgemeinen Gesetze derogirenden Gewohnheitsrechtes.

c. Reunionsklage.

Bei der Beurtheilung einer wegen Reunion von Hofespertinenzien im Fürstenthume Göttingen angestellten Klage ist ausgesprochen:

In Erwägung nun

1. daß nach der auch für das Fürstenthum Göttingen als gegeben anzusehenden Verordnung vom 8. Juni 1691 die Gültigkeit der Veräußerung einzelner, zu einem Bauer-

Digitized by Google

hofe gehörigen Pertinenzien im öffentlichen Intereſſe allgemein ſowohl bei pflichtigen als bei freien Bauerhöfen, an die Vorausſetzung der Conſenſes der Cammer, d. h. an die Vorausſetzung der regiminellen Genehmigung, geknüpft erſcheint; jedenfalls in dieſer Verordnung nach Maßgabe der ſpäteren Geſetzgebung, insbeſondere des deklaratoriſchen Ausſpruchs der ebenfalls auch für das Fürſtenthum Göttingen gegebenen Verordnungen vom 7. December 1790, ein auf alle Bauergüter ohne Unterſchied ſich beziehendes Verbot einer derartigen Veräußerung zu befinden iſt, welches in ſeiner Wirkung nur durch die erwirkte regiminelle Genehmigung elidirt werden kann;

hiernach alſo darauf nichts ankommen kann, ob die hier fragliche Kötherei zur Zeit des in Rede ſtehenden Verkaufs noch der Königlichen Domainencammer pflichtig war, oder in einem ſonſtigen gutsherrlichen Verbande ſtand, vielmehr die principale Klage mit Recht für begründet erkannt und lediglich noch von dem Beweiſe der Pertinenzqualität der ſtreitigen Länderei abhängig gemacht iſt, weil Beklagter auf eine abſeiten der zutreffenden Regiminalbehörde erfolgte Genehmigung ſich nicht hat berufen können, und die Auffaſſung deſſelben, als ſei vom Amte Weſterhoff in die Veräußerung inhaltlich des Verſteigerungsprotocolls vom 7. Februar 1846 und des Adjudicationsdecrets vom 6. April 1846 conſentirt worden, und dieſes für genügend zu halten, ſchon allein durch die Erwägung widerlegt wird, daß das Amt Weſterhoff bei den betreffenden Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unverkennbar nicht als Verwaltungsbehörde, ſondern eben lediglich in ſeiner Eigenſchaft als Gericht angegangen und thätig geworden iſt;

in Erwägung

2. daß nicht ohne Weiteres anzunehmen iſt, es könnten Geſetze, wie die vorliegenden, durch entgegenſtehendes Gewohnheitsrecht der Natur der Sache nach nicht aufgehoben werden, vielmehr auch geſchriebenen Geſetzen vorliegender Art, zumal wenn deren Inhalt und Umfang von vornherein

Digitized by Google

dunkel und Zweifel-erregend ist, durch ein wohlbegründetes Gewohnheitsrecht derogirt werden kann, indem insonderheit daraus, daß etwa erweislicher Maßen nicht blos das derogirende Gewohnheitsrecht in die Rechtsüberzeugung der Betheiligten übergegangen, sondern auch darnach von den betreffenden Behörden, welche über die Befolgung der Gesetze zu wachen haben, in den geeigneten, zu ihrer Amtsführung gelangten Fällen verfahren ist, auf das Einverständniß der Landesregierung mit Grund geschlossen werden darf; im Uebrigen aber bei der Beschaffenheit des Gesetzes als eines allgemeinen für das Fürstenthum Göttingen gegebenen, der Beweis einer Derogation lediglich im Amte Westerhoff oder gar nur in Calefeld nicht genügen kann, und daher dem Beklagten nur der Beweis einer allgemeinen, im Fürstenthum Göttingen ausgebildeten derogirenden Rechtsgewohnheit nachzulassen ist;

in Erwägung,

3. daß in einem Falle, wo, wie hier, allerdings die Veräußerung aus staatswirthschaftlichen, oder landespolizeilichen Rücksichten verboten, und nicht etwa nur die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers durch die concurrirenden Privatrechte dritter Personen, z. B. des Gutsherrn, beschränkt ist, der Veräußerer selbst vindiciren kann, folglich auch im vorliegenden Falle dem vindicirenden Kläger der Einwand, Erbe des Veräußerers geworden zu sein, mit dem rechtlichen Effecte der Zurückweisung der Klage nicht entgegengesetzt werden kann, und eben dieses Letztere auch von dem ferneren Einwande des Beklagten gilt, es sei die Veräußerung eine durch die Umstände gebotene, eine Veräußerung im Falle der Noth gewesen; indem dieser Auffassung der Inhalt der Verordnung vom 8. Juni 1691 ausdrücklich widerspricht;

in Erwägung endlich,

4. daß der gegen ein gesetzliches Verbot vorgenommenen Veräußerung jede rechtliche Wirkung bis dahin, daß die regiminelle Genehmigung erwirkt worden, abzusprechen, und deshalb auch ein Anspruch auf vollen Ersatz dessen, was

Digitized by Google

der Erwerber durch die Eviction verliert, insbesondere auf Erstattung des erhöheten Werths der Sache zur Zeit der Eviction, im vorliegenden Falle um so mehr rechtlich unzulässig ist, als inhaltlich der Acten angenommen werden darf, daß wenn die befragliche Länderei zu der in Rede stehenden Kleinkothstelle gehört, solches dem Belagten selbst zur Zeit des Ankaufs bekannt gewesen sei, im Uebrigen aber es an der Substantiirung und an den Bedingungen eines selbstständigen Entschädigungsanspruchs völlig fehlt; die in der jetzigen Instanz vorgebrachte exceptio doli seu retentionis daher zu verwerfen ist;

wird mit insoweitiger und resp. vorläufiger Beseitigung der Urtheile des Großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Osterode vom 13. October 1856 und 28. Januar 1857 dem Beklagten zur Elidirung der principalen, auf Reunion von Hofespertinenzien gerichteten, Klage der Beweis, Gegenbeweis vorbehältlich, nachgelassen,

„daß die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift, welcher zufolge die Gültigkeit der Veräußerung einzelner, zu einem Bauerhofe gehörigen Pertinenzien allgemein, sowohl bei pflichtigen als bei freien Bauerhöfen an die Voraussetzung der regiminellen Genehmigung geknüpft erscheint, durch ein Gewohnheitsrecht bereits vor dem Jahre 1846 für das Fürstenthum Göttingen ausgeschlossen sei."

I. Senat. Ude c. Haase. 6. October 1857.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. III.

17.

Unzulässigkeit der Berufung im Sinne des transitorischen Gesetzes für den Fall, daß im alten Proceßverfahren nach Maßgabe der Preußischen Allgemeinen Gerichts-Ordnung ein deferirter Eid normirt ist.

(Zu §§. 5—8 des Uebergangsgesetzes.)

Es war Berufung erhoben gegen ein im alten Proceßverfahren nach der Preußischen Allgemeinen Gerichts-Ordnung von dem Großen Senate des Königlichen Obergerichts zu Aurich erlassenes Urtheil, in welchem neben anderen Entscheidungen auch die Normirung eines zugeschobenen Eides enthalten war.

Das Berufungsgericht erkannte auf die vom Berufungs-Beklagten erhobene verzögerliche Einrede der formellen Unstatthaftigkeit, wie folgt:

„Da das, zufolge des §. 7 des processualischen Uebergangsgesetzes vom 4. Mai 1852 als Ein Proceß-Abschnitt zu betrachtende erste und Beweisverfahren durch das Urtheil des Großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Aurich am 14. Juli 1856 aus dem Grunde nicht geschlossen wird, weil der **principaliter** zugeschobene und bereits angenommene Eid mithin ein wahres Beweismittel, und das Theil I.

Digitized by Google

Titel 10. §. 294 der Allgemeinen Preußischen Gerichts-Ordnung möglicherweise noch eintretende Verfahren bis jetzt unerledigt vorliegt;

da mithin, zufolge der §§. 5 bis 8 des angeführten processualischen Uebergangsgesetzes nicht das durch die bürgerliche Proceß-Ordnung vom 8. November 1850 vorgeschriebene Rechtsmittel der Berufung wider das vorgedachte Urtheil vom 14. Juli 1856 zulässig ist;

so wird die vom Beklagten wider dieses Urtheil erhobene Berufung verworfen.

Urtheil des **III.** Civil-Senats vom 6. März 1857 in Sachen Lücken c. Lücken.

18.

Zu dem Uebergangsgesetze vom 4. Mai 1852. Concurrenz der Rechtsmittel des älteren und neuen Proceßrechts.

Durch das in erster Instanz nach den Formen des älteren Proceßverfahrens abgegebene Urtheil des Großen Senats zu Göttingen war der dem Kläger nachgelassene Beweis für geführt, derjenige des Beklagten für desert angenommen und der letztere **ad petita** verurtheilt.

Wider diesen Bescheid interponirte der Beklagte bei dem Großen Senate die Supplication, meldete eventuell den Einspruch an und erklärte, daß falls beide Rechtsmittel für unstatthaft gehalten werden sollten, er sich die Berufung wider das erstgedachte Urtheil vorbehalte.

Noch vor Erledigung des Supplications- und Einspruchverfahrens erhob Beklagter bei dem Königlichen Oberappellationsgerichte die Berufung und wurden die Acten, nachdem bereits die gegnerische Vernehmlassung auf die Supplication eingegangen war, an das Tribunal übersandt.

In dem Verhandlungstermine der Berufung deducirte Kläger zunächst die Unzulässigkeit der Berufung, insbesondere, weil das angefochtene Urtheil auf eine **contumacia** des Verklagten sich gründe, also nach § 166 der B. P.-O.

Digitized by Google

nur der Einspruch zulässig sei; ferner aber, weil Beklagter bereits die Supplication zur Hand genommen habe und beide Rechtsmittel von ihm nicht verfolgt werden könnten.

Beklagter erklärte, daß er seine Supplication nur für den Fall verfolgen wolle, wenn die Berufung nicht für zulässig erklärt werden sollte.

Das Gericht erkannte die Berufung für zulässig und sprach dabei aus:

„Die Berufung ist an und für sich im vorliegenden Falle nach §. 6 Nro. 2 des Uebergangsgesetzes das zulässige Rechtsmittel, da nicht etwa über einen Invidentpunct innerhalb des Beweisverfahrens entschieden ist (§. 8), sondern über das ganze Beweisverfahren, und an diese Entscheidung eine Verurtheilung des Beklagten in Hauptsache und Kosten geknüpft ist.

Der aus §. 166 der B. P.-O. wider die Zulässigkeit der Berufung abgeleitete Einwand ist unbegründet, weil eine unter der Herrschaft des älteren Rechts stattgehabte contumacia nebst dem darauf gebauten Contumazialurtheile theils nicht ohne Verletzung der dadurch der Gegenpartei erworbenen Rechte (also schon nach §. 10 des Uebergangsgesetzes nicht), theils weil die B. P.-O. den Einspruch nicht zu den Rechtsmitteln zählt (also auch nach §. 6 ibidem nicht), durch einfachen Einspruch nicht beseitigt werden kann.

Auch daraus, daß Beklagter für den Fall, wenn die Rechtsmittel des neuen Verfahrens nicht Platz greifen sollten, die Supplication zur Hand genommen hat, ist ein Einwand wider die Zulässigkeit der Berufung nicht zu entnehmen,

weil ein solches Rechtsmittel nach dem hier allein anwendbaren neueren Proceßrechte gar nicht existirt, demnach in der Einlegung der Supplication ein Verzicht auf das nach dem neuern Proceßrechte begründete Rechtsmittel der Berufung nicht enthalten sein, und auf die letztere Dasjenige nicht Anwendung finden kann, was das ältere Recht für

Digitized by Google

seine Appellation und die Wahlbefugniß zwischen devolutiven und nicht devolutiven Rechtsmitteln vorschreibt,

endlich weil die gegenwärtige Verfolgung dieser seiner Berufung durch den Beklagten nach seinen Erklärungen unter der Bedingung ein Fallenlassen seiner Supplication enthält, wenn die neue Proceß-Ordnung hier als statthaft sollte erkannt werden.

I. Senat. Havemann c. Havemann. 6. September 1855.

19.

Zu §. 6 des Uebergangsgesetzes vom 4. Mai 1852 und §. 395, 346 der B. P.-O.

Dem Kläger waren zwei alternative Beweise nachgelassen. Dieselben wurden angetreten, indessen nach Verfügung des Gerichtes nur eine Alternative instruirt, während die übrigen Beweisführungen einstweilen ausgesetzt blieben.

Da das Interlokut vor dem 1. October 1852 erlassen war, wurden die Beweise nach den älteren Proceßvorschriften instruirt.

Durch Urtheil vom 23. November 1853 wurde der Beweis der ersten Alternative für verfehlt erkannt.

Die wider dieses Urtheil von dem Kläger erhobene Appellation wurde von dem Oberappellationsgerichte im Jahre 1855 zurückgewiesen, weil das angegriffene Erkenntniß nach §. 6 Nro. 2 des Uebergangsgesetzes vom 4. Mai 1852 als ein über den Erfolg des Beweisverfahrens entscheidendes Erkenntniß anzusehen sei und §. 8 des Uebergangsgesetzes auf dasselbe keine Anwendung leide, folgeweis nur die Rechtsmittel der B. P.-O. zulässig seien.

Vor dem Gerichte erster Instanz wurde darauf der Beweis der zweiten Alternative instruirt, und am 19. Februar 1853 unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten des Beweisverfahrens als verfehlt erkannt, die vom Kläger zur Hand genommene Eidesdelation jedoch demselben vorbehalten. Eine Normirung des Eides erfolgte nicht.

Digitized by Google

Kläger erhob nunmehr gegen die beiden Urtheile vom 23. November 1853 und vom 19. Februar 1857 die Berufung, welcher von dem Beklagten hinsichtlich des Urtheils vom 23. November 1853 der Einwand der Verspätung und eventuell hinsichtlich beider Urtheile der Einwand der zu frühzeitigen Erhebung opponirt wurde.

Das Gericht erkannte:

Die Einrede der Verspätung der wider das Erkenntniß vom 23. November 1853 erhobenen Berufung ist zu verwerfen, da wenn mit Abgabe dieser Entscheidung über die principale Beweisführung rücksichtlich der ersten Alternative der Proceß-Abschnitt, in welchem sich dieser Rechtsstreit am 1. October 1852 befand, sein Ende erreicht hat, folgeweis auch die dawider verfolgten Rechtsmittel nach der neuen Proceß-Ordnung beurtheilt werden müssen und alsdann, auch wenn jene Entscheidung als sofortiger Berufung unterliegend angesehen werden könnte, nach §. 346 der B. P.-O. die Berufungsfrist erst mit Behändigung desjenigen Urtheils beginnen würde, welches rücksichtlich ausgesetzter Theile endlich entscheidet.

Dagegen ist die Einrede der verfrühten Berufung gegründet, da keines der angefochtenen Urtheile nach §. 395 der B. P.-O. der sofortigen Berufung unterliegt, weil dieselben keine Entscheidung in der Hauptsache enthalten und die Verurtheilung des Beweisführers in die Kosten einzelner Proceß-Abschnitte jenen **judicatis** den Charakter von Endurtheilen zu verleihen nicht geeignet ist,

da dieselben ebensowenig eine Eidesnormirung enthalten, welche vielmehr Kläger erst hinsichtlich der von ihm eventuell deferirten Eide hätte beantragen müssen.

I. Senat. v. Heimburg c. v. Heimburg. 13. Juli 1857.

Digitized by Google

20.

Zu §. 35 und 39 der B. P.=O.: Principal=Intervention.

Der Kläger verlangt vermöge possessorischer Rechtsmittel die Herausgabe eines Nachlasses und hat wegen Verwerfung der angestellten Klage Berufung erhoben.

Einige Wochen vor dem zur Verhandlung der Berufung anstehenden Termine ist wider beide streitenden Theile ein Principal=Intervenient bei dem Gerichte erster Instanz aufgetreten, welcher den streitigen Nachlaß petitorisch für sich allein in Anspruch nimmt.

Der Hauptintervenient sowohl als der Berufungsbeklagte beantragen nun bei dem Berufungsgerichte Aussetzung des Berufungsverfahrens bis zu rechtskräftiger Erledigung der Hauptintervention, während der Berufungskläger die Aussetzung bestreitet, weil keine Präjudizialfrage vorliege, der Intervenient aber keinesfalls zu dem Antrage berechtigt, auch die Intervention bei dem incompetenten Gerichte erhoben sei.

Das Gericht erkannte:

Sowohl der Hauptintervenient, als auch jeder der im Hauptverfahren streitenden Theile ist dann befugt, auf einen Stillstand des Hauptverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Intervention anzutragen, wenn die letztere eine Präjudizialfrage für die Hauptsache betrifft.

Für die Hauptsache ist aber eine Präjudizialfrage als vorliegend anzunehmen, wenn die Entscheidung der Intervention einen rechtlichen Einfluß auf die Hauptsache äußert, also auch dann, wenn das Hauptverfahren den Besitz desjenigen Objectes betrifft, dessen definitive Herausgabe von dem Intervenienten verlangt wird, weil durch den Sieg des Intervenienten auch das Hauptverfahren seine Erledigung findet.

Die Hauptintervention ist aber nach §§. 35 und 39 der B. P.=O. auch dann bei dem Gerichte erster Instanz einzubringen, wenn das Verfahren in der Berufungsinstanz anhängig ist.

III. Senat. Rheina Wolbeck c. Looz Corswaren. 16. October 1857.

Digitized by Google

21.

Zu §. 64 der b. P.-O.

Die Staatsanwaltschaft zieht die annotirten Kosten von dem Gegner der armen Partei kraft eigenen Rechtes ein.

Die im Armenrecht klagenden Eheleute Heumecke waren von Königlichem Oberappellationsgerichte in die Kosten einer Berufungsinstanz verurtheilt und ist der Betrag dieser Kosten festgesetzt.

Der Kläger, Müller Klevoth, war in demselben Processe in die Kosten einer zweiten Berufung verurtheilt.

Königliche Oberstaatsanwaltschaft hat darauf die für beide Theile adnotirten Kosten dieser letzten Berufung gegen den Kläger festsetzen lassen.

Der Kläger hat hiegegen hinsichtlich der für die Beklagten adnotirten Gebühren solcher Berufung Gegenvorstellung erhoben und mittelst derselben gegen Königl. Oberstaatsanwaltschaft diejenigen liquiden Kosten compensiren wollen, welche Beklagte aus der ersten Berufung ihm zu zahlen verurtheilt waren.

Die Berechtigung zu solcher Compensation ist vom Kläger daraus hergeleitet, daß Königliche Oberstaatsanwaltschaft hinsichtlich der für die Beklagten adnotirten Gebühren nur ein abgeleitetes Recht aus der Person der Beklagten habe, folgeweise sich auch die diesen entgegenstehenden Einreden gefallen lassen müsse.

Mit dieser Compensationseinrede ist der Kläger enthört, weil Königlicher Oberstaatsanwaltschaft ein selbstständiges Recht auf die fraglichen Kosten zustehen müsse, indem ein aus der Person der Beklagten abgeleitetes Recht nicht denkbar sei, da Beklagte weder nach geschehener Verurtheilung des Klägers in die Kosten der fraglichen Berufung Königlicher Oberstaatsanwaltschaft wegen der Kosten verhaftet seien, noch die Kosten ausgelegt haben und deshalb keine Befreiung von den Kosten und ebensowenig Ersatz derselben fordern können.

Erkenntniß des III. Civil-Senats vom 24. October 1857, in Sachen Klevoth c. Heumecke.

Digitized by Google

22.
Bedeutung des Ausdrucks Anwalt.

Im vorliegenden Falle ließ sich der Berufende in einer Disciplinaruntersuchung vor dem Tribunale durch einen Advocaten vertreten. — Das Gericht erkannte:

Das Gesetz des Disciplinarverfahrens gegen Richter betreffend vom 8. März 1852, §. 6 läßt zur Vertretung des Verurtheilten bei Verhandlung seiner Berufung ausdrücklich nur einen Anwalt zu. Dieser Ausdruck kann aber unter Berücksichtigung seiner aus der übrigen neueren Gesetzgebung sich ergebenden ganz bestimmten Bedeutung auf einen bei dem Berufungsgerichte nicht als Anwalt angestellten Bevollmächtigten nicht bezogen werden.

Daher ist auf Ungehorsam zu verfahren, demnach bei dem Nichterscheinen des Verurtheilten dessen Berufung zu verwerfen.

Urtheil des Criminal-Cassations-Senats vom 7. Septbr. 1857.

23.
cfr. §. 190 der B. P.-O.
Eine proceßhindernde Einrede, insbesondere die Einrede der Litispendenz kann nicht berücksichtigt werden, wenn dieselbe zur Zeit ihrer Vorschützung unbegründet ist, und kommt es dabei auf den Zeitpunct der Klageerhebung nicht an.

Der Kläger Peter Koppelmann zu Engelschoff hatte beim Kleinen Senate des Königlichen Obergerichts zu Stade wider den Beklagten eine im Wesentlichen auf Befreiung von bestimmten Deichlasten gerichtete Klage erhoben.

In dem zur Verhandlung der Sache angesetzten Termine vom 7. Januar wurde vorab über die von dem Beklagten auf Grund des Werthes des Streitobjects opponirte Einrede der mangelnden Competenz des Kleinen Senats verhandelt, wobei jedoch beide Theile übereinkamen, daß, falls das Gericht sich incompetent erklären sollte, sie es so ansehen

Digitized by Google

wollten, als seien die Schriften beim Großen Senate überreicht worden, so daß dort auf deren Grund weiter verhandelt und entschieden werden könne, die bisherigen Kosten aber das Schicksal des weitern Processes theilen sollten. Durch Protocollarbescheid von demselben Tage wurde hierauf die Einrede der Incompetenz für begründet erkannt und demzufolge die Klage vom Kleinen Senate des Königlichen Obergerichts abgewiesen.

Es ist hierauf durch den Kläger ein doppeltes Verfahren veranlaßt worden. Er hat nämlich nicht nur, der obigen Vereinbarung zufolge, beim Großen Senate die Ansetzung eines Termins zur Verhandlung der Sache auf Grund der Verhandlungen beim Kleinen Senate beantragt, sondern auch, jedoch nur für den Fall, daß der Große Senat gleichfalls für unzuständig in erster Instanz sich erachten könnte, gegen den oben gedachten Protocollarbescheid des Kleinen Senates die Berufung erhoben und damit das Gesuch verbunden, den Verhandlungstermin in dieser Berufungssache den Umständen angemessen hinauszusetzen.

Es ist inzwischen der Verhandlungstermin für beide Sachen, sowohl für den Antrag, als für die Berufung, auf einen und denselben Tag, nämlich auf den 16. März c. anberaumt.

An diesem Tage ist sodann, klägerischen Widerspruchs ungeachtet, zuerst die klägerische Berufung zur Verhandlung gekommen. Kläger hat hierauf zwar erklärt, daß er, da er die Berufung nur eventuell erhoben, dieselbe zur Zeit nicht verfolgen wolle, Beklagte haben dem jedoch contradicirt, und gerichtsseitig ist sodann sofort erkannt, daß die Berufung verworfen werde.

Nach Erledigung dieses Berufungsverfahrens wurde sodann an eben demselben Tage zur Verhandlung der von dem Kleinen Senate zurückgewiesenen und nunmehr an den Großen Senat gelangten Klageanträge geschritten; dabei schützten Beklagte jedoch die Einrede der Litispendenz vor, sich darauf berufend, daß zur Zeit der Erhebung der

Digitized by Google

Klage die Sache noch (in der Berufungsinstanz) anhängig gemacht worden sei. Der Große Senat des Königlichen Obergerichts zu Stade hat hierauf mittelst sofort abgegebenen Protocollarbescheides diese Einrede unter Verurtheilung der Beklagten in die dadurch veranlaßten Kosten zurückgewiesen.

Beklagte haben dawider das Rechtsmittel der Berufung zur Hand genommen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung,

daß zwar allerdings die für die Verwerfung der beklagtischerseits der erhobenen Klage opponirten Einrede der Litispendenz in dem angefochtenen Urtheile angeführten und auf die Bestimmungen des §. 4 der bürgerlichen Proceßordnung gestützten Gründe für zutreffend nicht zu erkennen sind, da die in jenem §. enthaltene Voraussetzung einer im Laufe des Rechtsstreites eingetretenen Werthserhöhung des Streitobjectes auf den vorliegenden Fall nicht zutrifft;

in Erwägung sodann,

daß zwar ferner auch zur Zeit der Erhebung der vorliegenden Klage wegen der damals rücksichtlich desselben Klagegegenstandes bereits erhobenen Berufung eine wirkliche Litispendenz stattfand, die Annahme einer solchen auch ebensowenig durch die derselben gegebene nur eventuelle Richtung, als durch eine etwaige Unzulässigkeit derselben ausgeschlossen wurde;

in Erwägung jedoch,

daß als Zeitpunct der Vorschützung der fraglichen Einrede erst der Verhandlungstermin vom 16. März c. angenommen werden kann, da den schriftlichen Gegenanträgen nur ein vorbereitender Charakter beiwohnt und dieselben nicht, wie die Klageanträge, schon durch Behändigung erhoben werden, daß aber zur Zeit der mündlichen Verhandlungen die, die fragliche Litispendenz allein begründende Berufung unmittelbar vorher ihre rechtskräftige Erledigung gefunden hatte;

in Erwägung ferner,

daß nach der rechtlichen Natur der proceßhindernden, nicht

Digitized by Google

das Rechtsverhältniß selbst betreffenden und nur auf eine Befreiung von der Verhandlung der Hauptsache obzielenden Einreden es bei der Frage über deren Begründung nicht auf den Zeitpunct der Erhebung der Klage, sondern lediglich darauf ankommen kann, ob sie zur Zeit ihrer Vorschützung als begründet erschienen, hiernach aber und nach der obigen Sachlage die fragliche Einrede mit Recht als unbegründet verworfen worden ist.

Entscheidung.

Aus diesen Gründen wird die beklagtische Berufung, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz, damit verworfen.

II. Senat. Koppelmann c. Schlichting. 17. September 1857.

24.

cfr. §§. 312, 318, 326 der B. P.=O.

Editionsverfahren und Actenrequisition außerhalb der Beweisinstanz.

Bei Beurtheilung einer Adhäsivbeschwerde wegen geschehener Verwerfung eines Editions= und Actenrequisitionsantrags ist erkannt:

„In Erwägung,

daß, anlangend die Adhäsivbeschwerde des Klägers, diesem die Befugniß, vom Beklagten die Vorlegung der in dessen Besitze befindlichen, für gemeinschaftliche allerdings zu erkennende Urkunden in jeder Lage des Rechtsstreites zu verlangen, nach §. 318 der B. P.=O. nicht abgesprochen werden kann";

„in Erwägung jedoch,

daß es bei dem desfallsigen Antrage nach Maßgabe der analog zur Anwendung kommenden Vorschrift des §. 312 der B. P.=O. des Verlangens der Ableistung des Editionseides bedurft haben würde, solches Verlangen aber nach dem thatsächlichen, auch durch den Inhalt des betreffenden Sitzungsprotocolls nicht widerlegten Inhalte des angefochtenen Bescheides vom 10. Mai 1854 nicht gestellt worden ist";

Digitized by Google

„in Erwägung,
daß, soweit endlich das vom Kläger gestellte und in voriger Instanz verworfene Actenrequisitionsgesuch betrifft, eine Verpflichtung des Proceßgerichts zur Heranziehung bei anderen Behörden vorhandener Urkunden nach den Bestimmungen der B. P.-O. nur für die Instanz des Beweisverfahrens begründet ist";

„wird ꝛc. die Adhäsivbeschwerde des Klägers als unbegründet verworfen."

II. Senat. Wiedecamp c. v. Bothmer. 9. October 1857.

25.

Zu §. 406 der B. P.-O.
Behändigung der Berufungsanträge an den Anwalt.

Nach der Vorschrift des §. 406 der B. P.-O. sind die Berufungsanträge stets dem Anwalte der Gegenpartei, falls ein solcher bei dem Berufungsgerichte bestellt worden, zu behändigen und ist die fakultative Befugniß des Berufenden, die Anträge der Partei selbst zu behändigen, ausgeschlossen.

II. Senat. Krudup c. Ficke. 8. Juli 1857.

Notiz. Der III. Civil-Senat interpretirt den §. 406 in gleicher Weise, während der I. Civil-Senat und der Hülfs-Civil-Senat die Behändigung an die Partei oder an den Anwalt gestattet haben.

26.

Zu §. 282, 292 der B. P.-O.

Die Eidesdelation blos über die Existenz eines Gewohnheitsrechtes ist unstatthaft.

II. Senat. Elben c. Le Sage. 22. Septbr. 1854.

27.

Zu §. 166 der B. P.-O.
Verhältniß des Einspruchs zur Berufung.

Eine wider Königliche Domainencammer angestellte Klage

Digitized by Google

war dem Cammerconsulenten zu H. behändigt, und bei dem Ausbleiben des letzteren, dem Antrage des Klägers gemäß ein die Beklagte verurtheilendes Endurtheil abgegeben.

Beklagte erhob dawider die Berufung, ausführend, daß das Ungehorsamsurtheil nicht gesetzmäßig erlassen worden, weil die erforderliche Behändigung nach §. 121 an die Partei dem Gerichte nicht nachgewiesen gewesen.

Das Gericht verwarf die Berufung als unzulässig, weil durch den nach §. 157 der B. P.-O. gestatteten Einspruch die Rechte der betreffenden Partei gegen Ungehorsamsverfügungen vollkommen gesichert worden, indem dadurch nicht nur nach §. 162 die Vollstreckbarkeit gehemmt, sondern auch nach §. 163 der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt wird, in welcher sich derselbe vor dem Zeitpuncte des Ungehorsams befand, weil ferner unter Vergleichung dieser processualischen Bestimmungen der dann folgende §. 166 den Willen des Gesetzgebers dahin ausspricht, daß nur dann eine Beschwerde im Wege der Berufung von der zum Einspruche berechtigten Partei erhoben werden könne, wenn, ganz abgesehen von dem Ungehorsame und dessen processualischen Folgen, die erlassene Ungehorsamsverfügung rechtlicher Begründung ermangele, dieser Fall aber hier nicht vorliegt, indem das betreffende Urtheil lediglich wegen fehlenden Ungehorsams bestritten worden.

III. Senat. Domainencammer c. Ernst. 8. November 1853.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. IV.

28.

Zu §§. 435, 94, 434, 140, 148 der B. P.=O.

1. Der Umstand, daß der Anwalt des Nichtigkeitsklägers die dem Querulaten behändigte Nichtigkeitsbeschwerde nicht unterzeichnet hat, hat die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Folge.

2. Wenn die querulantische Partei selbst das angegriffene Erkenntniß dem Querulaten behändigen lassen hat, so beginnt jedenfalls nach § 148 der Proceß=Ordnung vom Tage solcher Behändigung an auch für den Querulanten die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde.

3. Der Umstand, daß in dem angegriffenen Erkenntnisse die eine Partei zu einer persönlichen Leistung verurtheilt ist, bewirkt nicht, daß nach §. 140 der Proceßordnung der Gegenpartei solches Erkenntniß persönlich behändigt werden muß.

Erkenntniß des Civil=Cassationssenats vom 12. Sept. 1857 in Sachen Linsenhoff c. Linsenhoff.

Digitized by Google

29.

Ein die Nichtigkeitsklage begründender Verstoß gegen eine rechtskräftige Entscheidung liegt nicht vor, wenn im Instanzen-Zuge die eine Entscheidung durch die andere beseitigt ist.

(cfr. §. 431 Nro. 9.)

Die Dienstmagd Rabe hatte Klage gegen den Hauswirth Rabe erhoben, indem sie ohne Grund aus dem Dienste als Magd entlassen zu sein behauptete und deshalb Entschädigung verlangte. Der Beklagte bestritt nicht allein den Anspruch, sondern forderte auch widerklagend, daß die Klägerin zur Fortsetzung des Dienstes verurtheilt werde. Das in erster Instanz urtheilende Amtsgericht erkannte den Anträgen des Beklagten gemäß.

Die Klägerin erhob Berufung.

In den schriftlichen Berufungsanträgen war eine Beschwerde nicht formulirt, und der Antrag dahin gerichtet, daß der erhobenen Klage gemäß erkannt werde. Als bei der mündlichen Verhandlung die Klägerin generell die Wiederaufhebung des amtsrichterlichen Urtheils begehrte, erhob der Beklagte den Einwand, daß die in der Widerklage abgegebene Entscheidung bereits in Rechtskraft übergegangen sei. Das Berufungsgericht aber erkannte: da die Tendenz der Berufung unverkennbar auf Aufhebung des gesammten amtsgerichtlichen Erkenntnisses gerichtet, auch die Beschwerde begründet sei, so werde nunmehr dem Klagantrage stattgegeben, die Widerklage aber verworfen.

Gegen diese Entscheidung erhob der Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des §. 431 der B. P.-O. sub 9, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts gegen die damals schon in Rechtskraft übergegangene amtsgerichtliche Entscheidung verstoße. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen:

„In Erwägung, daß ein obergerichtliches Urtheil, welches die Rechtskraft eines mit der Berufung angefochtenen unter-

Digitized by Google

gerichtlichen Urtheils nicht anerkennend, unter Verwerfung des desfallsigen verzögerlichen Vorbringens des Berufenen, solches untergerichtliche Urtheil beseitigt, keinen in dem §. 431 Nro. 9 der allgemeinen bürgerlichen Proceß-Ordnung als Nichtigkeitsgrund gedachten Anstoß wider eine in demselben Processe ergangene rechtskräftige Entscheidung enthält, weil der erwähnte Anstoß und die in ihm vorausgesetzte Actenwidrigkeit nur da gedacht werden können, wo das rechtskräftige Erkenntniß, wider welches angestoßen wurde, zur Zeit dieses Verstoßes annoch Bestand behielt und nicht, wie im vorliegenden Falle geschehen, durch das angeblich verstoßende Urtheil im Instanzen-Zuge beseitigt wurde;"

„in Erwägung daher, daß in dem Urtheile ꝛc. die vom Beklagten gesuchte Nichtigkeit nicht zu befinden ist —."

Urtheil des Civil-Cassations-Senats vom 7. Mai 1857 in Sachen Rabe c. Buchholz.

30.

Zu §§. 346 und 394 der B. P.-O.

(cfr. Entscheidungen von 1855 — 1856 Nro. 6.)

Die Klage war auf Theilung eines auf die Parteien vererbten Lehns und Herausgabe der Früchte gerichtet. Beklagter bestritt die Klage und machte eventuell verschiedene Auslagen als Retentionsansprüche geltend.

Das Gericht I. Instanz verurtheilte den Beklagten definitiv zur Theilung der fraglichen Lehnsländereien und zu der theilweisen Herausgabe der gezogenen Früchte, verfügte zugleich hinsichtlich der Liquidation der gezogenen Nutzungen und der angeblich von dem Beklagten gemachten Auslagen ein Liquidationsverfahren und schritt hinsichtlich des letzteren sofort zu Beweisauflagen.

Beklagter erhob dawider die Berufung, sich über die ausgesprochene definitive Verurtheilung beschwerend. Dem Antrage der Kläger, die Berufung als verfrüht zurück zu weisen, wurde von dem Berufungsgerichte stattgegeben, „weil das angefochtene Urtheil als Beweisurtheil nach §. 218 der

Digitized by Google

B. P.-O. nur der vorbehaltenen Berufung im Sinne des §. 394 unterliege, auch nicht etwa deshalb, weil darin über gewisse Streitpuncte von dem Gerichte I. Instanz definitiv erkannt sei, als ein nach §. 395, Nro. 1, der sofortigen Berufung fähiges Endurtheil den Bestimmungen des §. 346 gegenüber aufgefaßt werden könne."

I. Senat. Haupt c. Haupt. 27. October 1857.

31.
Zu §. 394 der B. P.-O.

Der §. 394 der B. P.-O. enthält die Bestimmung nicht, daß bei Ausführung der nur im Wege der vorbehaltenen Berufung geltend zu machenden Beschwerden die Berufung selbst unbedingt auch gegen das Endurtheil ohne Rücksicht darauf, ob darin eine selbstständige Beschwerde gefunden wird, gerichtet werden solle.

Es ist in dem §. 394 vielmehr nur die Vorschrift zu befinden, daß die vorbehaltene Berufung dem Endurtheile gegenüber oder im Anschlusse an dasselbe innerhalb der durch Abgabe eines berufungsfähigen Urtheils bedingten Berufungsfrist zu verfolgen sei. Mithin ist der Umstand, daß im vorliegenden Falle die schriftlichen Berufungsanträge nicht auch formell gegen das Endurtheil gerichtet worden, nicht geeignet, die gegen das Beweisurtheil aufgestellten Beschwerden als unstatthaft darzustellen.

I. Senat. Hemmerde c. Nathan. 15. October 1857.

32.
Zu §. 417 der B. P.-O.

Eine in erster Instanz nicht genügend substantiirte Forderung kann weder in Form einer veränderten Widerklage, noch aus dem Gesichtspuncte einer neubegründeten Compensationseinrede in der Berufungsinstanz zugelassen werden,

Digitized by Google

sofern die Ausnahmsbestimmungen des §. 417 der B. P.-O. nicht zutreffen.

III. Senat. Lampe c. Schmedenstedt. 17. Juni 1857.

I. Senat. Hemmerde c. Nathan. 15. October 1857.

33.

Zu §§. 405, 412, 148.

(cfr. auch Entscheidungen pro 1856—1857 Nro. 22.)

Veränderung der Berufungsanträge.

Das mit der Berufung angefochtene Urtheil war zur Zeit des Verhandlungstermins noch nicht ordnungsmäßig behändigt, dagegen waren seit Behändigung der Berufungsanträge bereits 2 Monate verflossen.

Der Berufungskläger opponirte in dem Verhandlungstermine eine neue in den Berufungsanträgen nicht enthaltene Einrede, welche der Berufungsbeklagte als verspätet zurückzuweisen beantragte.

Das Gericht erkannte die neue Einrede formell als zulässig, da die Berufungsfrist erst vom Tage der ordnungsmäßig geschehenen Behändigung des angefochtenen Urtheils beginnt, eine ordnungsmäßige Behändigung aber nicht stattgefunden hat, dem Berufungskläger unter diesen Umständen es auch zustand, die Einrede in der mündlichen Verhandlung noch vorzuschützen.

I. Senat. Lewin c. Huchting. 24. März 1857.

34.

(cfr. Nro. 33.)

Da die von dem Beklagten lediglich auf neue Thatsachen erst in der mündlichen Verhandlung gestützte Hauptbeschwerde der Vorschrift des §. 405 zuwider in den schriftlichen Berufungsanträgen nicht angegeben und begründet worden, und Kläger die Einlassung auf diese Thatsachen aus diesem Grunde mit Recht verweigert, so wird diese Principal-

Digitized by Google

beschwerde auf Grund der vorgeschützten verzögerlichen Einrede zurückgewiesen.

II. Senat. Dettmer c. Dettmer. 29. December 1854.

35.

(cfr. Nro. 33.)

In den schriftlichen Berufungsanträgen war eine Beschwerde dahin formulirt,

daß die auf Herausgabe eines Meierhofes nebst Allodio und sonstigem Nachlasse des verstorbenen Meiers gerichtete Klage nicht sofort als unbegründet zurückgewiesen sei.

Der Berufungskläger gab dieser Beschwerde erst in der mündlichen Verhandlung auch die eventuelle Richtung, daß nicht wenigstens die Klage, soweit dieselbe auf Herausgabe des Allodii und des Nachlasses gerichtet worden, zurückgewiesen sei.

Begründet wurde diese Beschwerde durch die Deduction, daß der Kläger in der Klage einen genügenden Rechtsgrund zur Rechtfertigung dieses Theils seiner Klagebitte nicht dargelegt habe.

Der Berufungsbeklagte beantragte, diese Veränderung als eine neue, erst nach Ablauf der Berufungsfrist aufgestellte Beschwerde zu verwerfen und wurde die Einrede für begründet erkannt, weil rücksichtlich der in den Berufungsanträgen aufgestellten Beschwerde nur auf das der Klage entgegenstehende, angeblich ausschließliche Recht der Berufungsklägerin zur Bewirthschaftung des Hofes, keineswegs aber auf den Umstand hingewiesen sei, daß der Berufungsbeklagte wegen der Concurrenz eines Miterben nur einen Theil des Allodialnachlasses zu fordern berechtigt sei, hiernach also die früher nicht einmal indicirte Beschwerde als eine gänzlich neue, mithin nach abgelaufener Berufungsfrist unzulässige sich darstelle.

II. Senat. Fick c. Fick. 15. September 1857.

36.

(cfr. Nro. 33.)

Der Berufungskläger bot erst in der mündlichen Ver-

Digitized by Google

handlung neue Beweise an zur Begründung einer in den schriftlichen Anträgen aufgestellten Beschwerde.

Dieselben wurden zugelassen, obgleich der Beklagte Verwerfung beantragte, sich darauf stützend, daß die nova nicht in den schriftlichen Anträgen enthalten, auch die Berufungsfrist bereits abgelaufen war.

III. Senat. v. Bentheim c. Schnieders. 17. October 1857.

37.

Zu §§. 394, 425 der B. P.-O.

Das Gericht erster Instanz hatte auf Grund eines während des Processes als von den Parteien abgeschlossen angenommenen Vergleiches den Proceß für beendet erklärt.

Dawider erhob Beklagter die sofortige Berufung und verband damit die vorbehaltene Berufung wider das früher erlassene Interlokut, indem er von der Ansicht ausging, daß die mit der sofortigen Berufung angefochtene richterliche Verfügung ein Endurtheil, daß also hier der entscheidende Zusammenhang der vorbehaltenen Beschwerden nicht erforderlich sei.

Das Gericht deferirte der sofortigen Berufung, erklärte indessen die vorbehaltene Berufung für unzulässig, weil das über den fraglichen Vergleich abgegebene Urtheil, durch welches auf Grund der von dem Kläger aufgestellten Behauptung eines zu Stande gekommenen, den Proceß beendigenden Vergleichs der letztere für verbindlich und durch denselben der Proceß für beendigt erklärt worden ist, sich zwar als eine endliche Entscheidung herausstellt, indessen nur einen Incidentpunct betroffen hat, das abzugebende Berufungsurtheil mithin sich auf die Erledigung des Incidentstreites zu beschränken hat.

II. Senat. Schomaker c. Offermann. 30. October 1857.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857 — 1858.

Nro. V.

38.

Rechtliche Natur der Kirchenlasten im Fürstenthume Osnabrück. Beweis eines Gewohnheitsrechtes der Dinglichkeit.

(cfr. Entscheidungen 1856 — 1857 Nro. 46.)

In dem mitgetheilten Falle war dem Kläger der Beweis eines entgegenstehenden provinziellen oder localen Gewohnheitsrechtes nachgelassen.

Auch dieser Beweis ist für verfehlt erkannt mit folgenden, ein allgemeines Interesse bietenden Entscheidungsgründen:

„Der dem Kläger obliegende Beweis eines provinziellen oder localen Gewohnheitsrechtes umfaßt die zwei Momente, daß die streitige Last

1) als eine dingliche auf dem Grundbesitze ruhe,

2) nach dem Erbesfuße abgeführt werde.

Jene erstere Beweisauflage verpflichtet den Kläger, — zumal die regelmäßige Geltung der begriffs- und kirchenverfassungsmäßigen Natur der streitigen, als einer persönlichen Last auch in diesem Processe anerkannt worden und deren Verwandelung in eine dingliche lediglich als eine Anomalie zum Beweise verstellt ist — zu solchen Nachweisungen, welche den Grundbesitz selbst ohne alle Rücksicht auf die Per-

Digitized by Google

son des Besitzers als pflichtiges Subject mit Bestimmtheit erkennen lassen.

Diese Charakterisirung der Last ist aus der bisherigen Art ihrer Abführung keineswegs ohne Weiteres zu entnehmen. Vielmehr sind die rechtliche Qualification und der Contributionsmaßstab als zwei wesentlich verschiedene, unabhängige Begriffe aus einander zu halten, indem letzterer, dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung angehörend, durch Gesetzgebung oder Gemeindebeschlüsse angeordnet oder abgeändert werden mag, ohne auf den privatrechtlichen Charakter der Last selbst einen nothwendigen und entscheidenden Einfluß auszuüben.

Namentlich sind nicht die in Landgemeinden vorherrschende Vertheilung aller, auch der an sich persönlichen Lasten auf den Grundbesitz und noch weniger die in Westphalen vormals allgemein gebräuchliche Concurrenz der Gemeinden mit Einschluß der Heuerleute nach Maßgabe der Erbesgerechtigkeit beziehungsweis der Theilnahme an der Marknutzung an sich schon geeignet, einen Schluß auf die dingliche Natur des Rechtsverhältnisses zu rechtfertigen. Dieses ist nur dann möglich, wenn die Heranziehung des Grundbesitzes ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit, auf den Wohnort und die Confession des Besitzers in der Weise stattgefunden hat, daß auch Nichtparochianen, namentlich juristische Personen, Auswärtige, Forensen und Andersgläubige vermöge ihres Grundbesitzes haben contribuiren müssen.

Kläger hat seinen Zeugen- und Urkundenbeweis wesentlich auf den Umstand gerichtet, daß wie im Fürstenthume Osnabrück überhaupt, so namentlich auch im Kirchspiele Buer die Concurrenz zu den Kirchenbau- und Parochial-, gleichwie zu den politischen Gemeindelasten ehemals allgemein nach dem Erbesfuße stattgefunden habe. Dieser dem Vorstehenden nach die Hauptfrage des Beweises keineswegs entscheidende Umstand verliert noch dadurch an Bedeutung, daß in neuerer Zeit eine anderweite Vertheilung, und zwar in den dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts nach der Grundsteuer, seit 1848

Digitized by Google

nach den cumulirten directen Landessteuern sich vorherrschend geltend gemacht haben soll.

Von den als Anhaltspuncte einer Beweisführung oben bezeichneten Merkmalen einer Realqualität ist nur das eine erhoben, daß in einer Mehrzahl ungemischter Kirchspielsgemeinden auch Andersgläubige als pflichtig herangezogen sind und sich für pflichtig erachtet haben.

Dieses Verhältniß verliert jedoch, soweit dasselbe in die Zeit vor der bundesgesetzlichen Gleichstellung der Confessionen im Jahre 1815 fällt, durch den bis dahin geltenden Pfarrzwang die Bedeutung einer concludenten Thatsache, wogegen die allerdings auch aus neuerer Zeit einbezeugten Fälle nicht ausreichen, um aus solcher vereinzelten Fortdauer des früheren Zustandes auf eine gewohnheitsrechtliche Ausbildung der zum Beweise verstellten Anomalie, nämlich auf die Umwandlung wesentlich persönlicher in dingliche Lasten schließen zu lassen.

Hienach ist der Hauptbeweis verfehlt und kann auch die Eidesdelation nicht stattfinden, da die den Schwerpunct der Beweisauflage bildende Charakterisirung der fraglichen Lasten ohne juristische Prüfung nicht zu ermessen ist.

III. Senat. Buer c. Böselager. 14. Juli 1857.

39.

Zu der Verordnung vom 26. Januar 1753 für Nordheim, Göttingen, Hameln, Einbeck und Osterode, die Alienation bürgerlicher Güter und das jus retractus betreffend.

Der Beklagte, welcher nicht Hamelnscher Bürger ist, hat 1848 in öffentlicher Subhastation 3 Morgen vor Hameln belegener, stadtpflichtiger Länderei gekauft. Er hat diesen Kauf der städtischen Obrigkeit zwar zur Catastrirung, nicht aber zum öffentlichen Anschlag behuf Ausübung des den Bürgern nach der Verordnung vom 26. Januar 1753

Digitized by Google

zustehenden Retractrechtes angemeldet. Auch ist der öffentliche Anschlag unterblieben.

Kläger, welcher Bürger von Hameln ist, indessen erst 1849, also nach Abschluß des obigen Kaufgeschäftes Bürger geworden zu sein einräumt, hat 1856 erklärt, von dem Retracte Gebrauch machen zu wollen und ist jetzt klagend aufgetreten. Beklagter opponirt insbesondere Verjährung und, daß Kläger zur Zeit des Kaufes nicht Bürger gewesen sei.

Königliches Oberappellationsgericht hat, das Urtheil des Proceßgerichtes reformirend die Klage als unbegründet zurückgewiesen.

Die Gründe sind:

1. Der von dem Beklagten vorgebrachte und von dem Kläger zugestandene Umstand, daß Kläger erst nach dem Abschlusse des fraglichen Landankaufs und nach dessen Anmeldung behuf Catastrirung Bürger der Stadt Hameln geworden sei, muß, wenn man das hier fragliche Retractrecht nach den allgemeinen für dieses Recht geltenden Grundsätzen beurtheilt, unbedenklich als erheblich betrachtet werden. Aus dem Begriffe und Ursprunge des Retractrechtes folgt selbstredend, daß das bevorzugte Recht des Retrahenten zum Abschlusse des Kaufgeschäftes und die diesem Rechte entsprechende Pflicht des Verkäufers, dem Retrahenten den Ankauf des Gegenstandes zuvor zu offeriren, zur Zeit des Zustandekommens des Geschäfts vorhanden gewesen sein muß, um der Perfection des letzteren Eintrag thun zu können.

Die Erheblichkeit des obigen Umstandes wird aber auch

2. nicht durch die besonderen Bestimmungen der Verordnung vom 26. Januar 1753 beseitigt, denn

a. enthält die Fassung des Art. 6, in welchem den Bürgern das Retractrecht hinsichtlich der zum Kauf kommenden Ländereien eingeräumt wird, Nichts, was die Vermuthung rechtfertigte, es habe der Gesetzgeber in der hier fraglichen Richtung die Natur jenes Rechtes anders bestimmen wollen.

Digitized by Google

Der Umstand, daß hier zwar allen Bürgern, aber nur in Beziehung auf die zum Verkauf kommende Länderei das Retractrecht gegeben wird, begrenzt vielmehr die Zahl der Berechtigten nicht undeutlich auf die zu der Zeit, wo die Länderei zum Verkauf kommt, vorhandenen Bürger.

b. der Umstand, daß der Stadt für ihre Bürger das Recht und zwar als ein zur Ordnung der Cataster, also im öffentlichen Interesse gegebenes **privilegium** eingeräumt worden, vermag — abgesehen davon, daß Letzteres nicht sowohl hinsichtlich des Retractrechtes, als wie hinsichtlich der voraufgehenden Vorschriften jenes Gesetzes wegen Anmeldung der Contracte überhaupt gelten muß — in vorstehender Auffassung des Art. 6 Nichts zu ändern.

c. Der Inhalt des Art. 7, welcher den Betheiligten einen Weg an die Hand giebt, die durch das in Art. 6 eingeführte Retractrecht hervorgerufene Unsicherheit über den Rechtsbestand solcher Verkäufe abzukürzen, weist ebenfalls nicht auf die Absicht des Gesetzgebers hin, daß andern Personen, als den bei Zustandekommen des Kaufgeschäftes vorhandenen Bürgern, das Recht des Beispruchs habe eingeräumt werden sollen.

Der Art. 7 bezielt überdies nur das Recht der Bürger in dem hier nicht vorliegenden Falle, wo eine Affixion des Kaufgeschäftes stattgefunden hat, ist hier also nicht direct maßgebend.

d. Die Bestimmung des Art. 8 würde, wenn sie auch Fälle der vorliegenden Art, wo zwar die in Art 2 und folgenden vorgeschriebene, den Rechtsbestand des Geschäfts bedingende Anmeldung beim Magistrat behuf Umschreibung, nicht aber die in Art. 7 verordnete Anmeldung zur Affixion, und auch die Affixion selbst nicht stattgefunden, mit umfassen sollte, die Annahme gleichfalls nicht rechtfertigen, als hätte für Fälle der vorliegenden Art andern Bürgern, als solchen das Recht des Beispruchs eingeräumt werden sollen, welche

Digitized by Google

zur Zeit des Zustandekommens des Geschäftes bereits Bürger gewesen.

Offenbar spricht aber Art. 8 nur von solchen Fällen, wo jede Anmeldung unterblieben war. Nur auf diese paßt der Ausdruck heimliche Alienation, auf welche eine Strafe gesetzt ist. Der Art. 8 hat es also nur mit Fällen zu thun, wo ein gültiges Kaufgeschäft gar nicht zu Stande gekommen ist, somit nicht mit dem Falle eines eigentlichen Contracts, vielmehr nur mit dem bereits in der Verordnung vom 4. Juli 1712 für Fälle überhaupt nicht angemeldeter, mit Nichtbürgern über stadtpflichtige Grundstücke geschlossener Kaufgeschäfte den Bürgern gegebene sog. Reluitionsrechte. Der Art. 8 kann daher, selbst wenn er in dem von dem Kläger behaupteten Sinne jedem Bürger ein Einlösungsrecht einräumen sollte, auf den hier fraglichen Fall nicht zur Anwendung kommen.

I. Senat. Steuber c. Leesemann. 29. October 1857.

40.

Zu Titel XII und XIII, Cap. 4 der Bentheimschen Land- und Gerichtsordnung vom 23. November 1690.

Durch einen schriftlichen, rücksichtlich der Unterschrift vor Gericht anerkannten Contract hatten die Colonen Eheleute Sch. zu Wilsum den Eheleuten Colonen Sch. E. daselbst unter Vorbehalt demnächstiger Altentheilsprästationen die demnächstige Uebergabe des Colonats S. zu Wilsum und nach ihrem Tode die Successsion in ihr gesammtes Vermögen vertragsmäßig zugesichert, auch in Folge dieses Contracts die Regierung des Colonats S. den Eheleuten Sch. E. abgetreten.

Später hatten sie auf Grund der Titel XII und XIII, Cap. 4 der Bentheimschen Land- und Gerichtsordnung vom 23. November 1690 den Contract als nichtig angefochten und Rückgabe des Colonats verlangt, waren aber vom Ober-

Digitized by Google

gerichte zu Meppen mit ihrer Klage zurückgewiesen, weil der Titel XII auf Verträge der bezeichneten Art keine Anwendung leide.

Auf erhobene Berufung reformirte das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 11. September 1855 den Bescheid des Obergerichts zu Meppen und erkannte, daß auch Verträge der bezeichneten Art nach Titel XII und XIII des fraglichen Gesetzes nichtig seien, wenn sie nicht gerichtlich und zwar in der, Titel XIII des Gesetzes vorgeschriebenen Form errichtet seien, so wie, daß die vor Gericht geschehene Anerkennung der Unterschriften den Vertrag als einen gerichtlichen im Sinne des Gesetzes nicht erscheinen lasse.

Daneben wurde den Colonen Sch. E. der Beweis nachgelassen:

„daß die im Cap. 4, Titel XII und XIII der Bentheimschen Land- und Gerichtsordnung enthaltenen Vorschriften durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben seien."

Auf Grund der hierdurch veranlaßten, umfassenden Beweis- und Gegenbeweisführung erkannte sodann das Oberappellationsgericht, daß zwar der Beweis, daß die Vorschriften des Titels XIII durch Gewohnheitsrecht aufgehoben seien, für erbracht zu erkennen sein möchte, daß aber rücksichtlich der Vorschriften des Titels XII das Gegentheil anzunehmen sei, und zwar sowohl dann, wenn der Beweissatz den Nachweis der Aufhebung sämmtlicher Vorschriften des Titels XII, als auch dann, wenn er gerade die Aufhebung der Vorschriften hinsichtlich der hier in Frage stehenden Art von Rechtsgeschäften zum Gegenstande habe, indem in letzterer Hinsicht die Gesetzesworte „und dergleichen" andeuteten, daß die den speciell genannten, ähnlichen Rechtsgeschäfte ebenfalls den Bestimmungen des Gesetzes unterworfen sein sollten, nun aber bezüglich der speciell genannten Testamente, denen der vorliegende Erbvertrag als ähnlicher

Digitized by Google

Act an die Seite zu stellen, das Fortbestehen der fraglichen Vorschriften erwiesen sei.

III. Senat. Schottmann c. Schulte Eckhoff, wegen eines Colonats. 25. Juni 1857.

Eine im Wesentlichen gleiche Entscheidung ist unterm 25. Juni 1857 in Sachen Völkering c. Lücken, wegen Erbschaft rücksichtlich einer Abfindungsverschreibung abgegeben.

41.

Scheidung wegen Ehebruchs.

Ein unter Eheleuten nach eingegangener Ehe geschlossener Vertrag, vermöge dessen die Frau in einen von dem Manne zu begehenden Ehebruch einwilligt, ist wirkungslos, steht auch einer später von der Ehefrau angestellten Scheidungsklage nicht entgegen.

II. Senat. Fraemke c. Fraemke. 27. October 1854.

42.

Bedeutung der Fremdherrschaft für die Möglichkeit der Verjährung von Bannrechten ꝛc.

Es war von der klagenden Tischlerzunft behauptet, daß sie seit unvordenklicher Zeit das Recht geübt habe, das Einführen auswärts angefertigter Tischlerarbeiten behuf Verkaufs in die Stadt Nienburg außer an Jahrmärkten zu verbieten.

Das Gericht erster Instanz verwarf diese Behauptung, weil während Bestehens der Fremdherrschaft vom 1. Septbr. 1810 bis zum 4. November 1813 die Uebung des Verbotes unmöglich gewesen sei.

Das Oberappellationsgericht interloquirte den Beweis der unvordenklichen Verjährung und sprach aus:

Digitized by Google

Die in der Zeit der Fremdherrschaft in Geltung gewesene Legislation ist keineswegs einer rechtmäßigen Landesgesetzgebung gleich zu achten.

Vielmehr läßt die transitorische Verordnung vom 23. August 1814 jene Legislation, soweit nicht aus höheren Gründen Ausnahmen zugelassen werden, nur als unrechtmäßige Gewalt betrachten.

Die in diesem Gewaltszustande liegende factische Verhinderung der Uebung des fraglichen Verbotes während eines Zeitraumes von ohngefähr 3 Jahren kann aber nach dem Begriffe der unvordenklichen Zeit, welche zwar Besitz, nicht aber, wo es auf ein nur nach Gelegenheit und Möglichkeit exercirbares Verbietungsrecht ankommt, in jedem der innerhalb Menschengedenken liegenden Jahre voraussetzt, als Hinderniß der unvordenklichen Verjährung nicht betrachtet werden.

I. Senat. Tischleramt zu Nienburg c. Magnus. 22. October 1857.

43.

Actio Paulliana bei Hypothekbestellung.

(cfr. Entscheidungen von 1855, Nro. 13.)

Bei einer von dem Cridar kurz vor Ausbruch des Concurses erfolgten Hypothekbestellung ist gesetzlichen Bestimmungen zufolge zu unterscheiden zwischen Pfandbestellung für eine alte und für eine neue Schuld. In dem letzteren Falle ist neben der betrügerischen Absicht des Cridars die Kenntniß von dessen Ueberschuldung auf Seiten des Gläubigers und das Bewußtsein der Gefährdung anderer Gläubiger zur Begründung der Actio Paulliana nicht genügend, weil durch Hingabe eines Darlehns gegen hypothekarische Sicherstellung das Vermögen des Cridars an sich nicht verringert wird.

II. Senat. Himstedt c. Steinberg. 1854.

Digitized by Google

44.

Bedeutung der bei der Obervormundschaft erfolgten Rechnungsablage des Vormundes, wenn derselbe später auf Restitution von Vorschüssen wider den Pupillen klagt.

Der Vater und Erblasser des Klägers Lübbert war Vormund der Beklagten, Ehefrau Prinzhorn geb. Asche, gewesen. Die Vormundschaft hatte bis zum Jahre 1845 gedauert; nur bis zum Jahre 1844 aber war eine Revision der Vormundschaftsrechnungen durch die Obervormundschaft erfolgt, indem bei dem Bestreiten der Richtigkeit sowohl der Schlußrechnung als der früheren Rechnungen durch die Ehefrau Prinzhorn dieser aufgegeben war, ihre Einwendungen gegen die gesammten Rechnungen vorzubringen. Da sie dies unterläßt, erhebt der Kläger als Erbe seines Vaters gegen die Beklagte Klage auf Zahlung des sich aus der Rechnung vom Jahre 1844 für ihn ergebenden Vorschusses, indem er sich zur factischen Begründung dieser Klage auf die gesammten bis 1844 abgelegten Vormundschaftsrechnungen bezieht.

Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit der Rechnungen, indem sie

1. eine Menge einzelner Posten generell entweder als gar nicht verausgabt, oder als unnütz verausgabt bezeichnet und in Betreff dieser Posten den durch Kläger zu führenden Beweis entweder der Verausgabung oder der Nützlichkeit verlangt,

2. indem sie daneben besonders noch den Beweis der Verausgabung auch da beansprucht, wo einzelne Ausgabeposten durch den Vormund mit Privatquittungen dritter Personen belegt sind.

Das Gericht erster Instanz (Königl. Obergericht Nienburg) hatte jedoch die Einwendungen der Beklagten, soweit sie nicht durch besondere Gründe substantiirt und soweit sie gegen die Beweiskraft der Privatquittungen gerichtet waren, verworfen, und ebenso entschied auf die Berufung der Be-

Digitized by Google

klagten der erste Civilsenat des Königlichen Oberappellationsgerichts, indem er seine Entscheidung begründete, wie folgt:

„In Erwägung, daß die mittelst der ersten und zweiten Berufungsbeschwerde in der hervorgehobenen Beziehung angefochtenen Entscheidungen der Beklagten überall nicht zur Beschwerde gereichen, weil ordnungsmäßig abgelegte und obervormundschaftsseitig revidirte Vormundschafts-Rechnungen, soweit das Schlußresultat nach vorgängiger Erledigung des Monitorverfahrens festgestellt ist, nicht im Wege einfachen Negirens oder Bestreitens einzelner Ausgabeposten abseiten der volljährig gewordenen Pupillen anfechtbar sind, vielmehr bis zum Hervortreten nachträglich aufgedeckter Rechnungsfehler oder zur Begründung einer gesetzlichen Ersatzpflicht der Vormünder geeigneter besonderer Umstände im Ganzen auch den Pupillen gegenüber als richtig gelten müssen, mithin Kläger das aus den vorliegenden revidirten Vormundschafts-Rechnungen sich ergebende Guthaben nicht erst noch im Einzelnen durch besondere Beweisführungen zu begründen gehalten ist, insbesondere aber Beklagte darüber keine Beschwerde führen kann, daß einzelne Ausgabeposten mit Rücksicht auf beigebrachte Privat-Rechnungen und Quittungen als justificirt angenommen sind; wird die Berufung der Beklagten wider die Urtheile des Großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Nienburg vom 30. October 1855 und vom 28. Novbr. 1856 unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz als unbegründet verworfen.

I. Senat. Prinzhorn c. Lübbert. 27. September 1857.

45.

Berühmung eines dinglichen Rechtes berechtigt nicht zur Provocation.

In der Behauptung des Provocaten, daß ihm an den Schmedhäuser Bergen ein Erbenzinsrecht zustehe, würde zwar dem Provocanten gegenüber, falls dieser Eigenthümer ist,

Digitized by Google

eine zur Provocation berechtigende Berühmung liegen, eine Provocation selbst aber unzulässig sein, weil dann dem Provocanten eine Klage, die actio negatoria gegen den das Erbenzinsrecht sich zuschreibenden Provocaten zustände.

Sollten dem Provocanten nur servitutische Weiderechte zustehen, so würde die Behauptung des provocatischen Erbenzinsrechtes für sich allein eine Berühmung nicht enthalten, weil dabei das Weiderecht bestehen kann, folgeweis eine Provocation ebenfalls nicht begründen.

Dasselbe gilt, wenn neben der Behauptung des Erbenzinsrechtes eine schon vorhandene Rechtsverletzung abseiten des Provocanten behauptet werden möchte, weil er in diesem Falle, je nach dem Fundamente seines Rechtes als Eigenthümer, als Miteigenthümer, oder als Servitutberechtigter klagen konnte.

I. Senat. Domanium c. v. Wangenheim. 19. December 1853.

46.

Recht des Meiers und Interimswirthes im Bremischen zur Reunionsklage.

Die s. g. Reunionsklage ist eine Eigenthumsklage, verbunden mit der anticipirten Replik, daß das Rechtsgeschäft, auf welches Beklagter sich stützt, ungültig sei.

Obwohl im Herzogthume Bremen die Meier blos ein Erbpachtrecht haben, so ist doch ein Meier, selbst ein Interimswirth vermöge des ihm zustehenden dinglichen Rechtes zur Anstellung der ausgedehnten Eigenthumsklage befugt.

II. Senat. Steffens c. Gehrkens. 11. October 1854.

47.

Rechtliche Natur der Abfindungen, insbesondere im Fürstenthume Lüneburg.
Rechtskraft von Entscheidungsgründen.

Der Vater der Klägerinnen war Besitzer einer früher von dem Gute Barnstedt relevirenden Meierstelle.

Digitized by Google

Mittelst gutsherrlich consentirter Ehestiftung vom Jahre 1820 übergab derselbe den Hof seinem ältesten Sohne. In der Ehestiftung war der Alten-Theil des abtretenden Wirthes und für jede der Töchter (die jetzigen Klägerinnen) eine bestimmte Abfindung festgestellt.

Der neue Hofeswirth gerieth 1830 in Concurs. Die Töchter meldeten ihre Abfindung an und wurden damit in der ersten Classe der Gläubiger locirt, gelangten indessen nur theilweis zur Befriedigung; der größte Theil blieb rückständig.

Der Hof des Cridars war nicht zur Masse gezogen, vielmehr nach Abmeierung des Cridars von dem Gutsherrn eingezogen und anderweit 1831 an den jetzigen Beklagten meierrechtlich verliehen.

Der Vater der Klägerinnen genoß nach wie vor seinen Altentheil auf dem Hofe, wo auch Klägerinnen verblieben. Als der Vater der Klägerinnen im Jahre 1849 verstarb, erhob der jetzige Beklagte eine Klage auf Ermission wider die jetzigen Klägerinnen, diese dagegen nahmen excipiendo wegen ihrer Qualität als nicht abgefundene Meierkinder und da ihre Abfindung noch unbezahlt sei, ein dingliches Wohnrecht in Anspruch und wurde jene Klage 1852 auf Grund jener Einrede rechtskräftig zurückgewiesen.

Darauf erhoben Klägerinnen im Jahre 1854 Klage auf Auszahlung ihrer Abfindungsrückstände bei dem Obergerichte Lüneburg und erhielten ein verurtheilendes Erkenntniß, welches jedoch 1855 von dem Tribunale wieder aufgehoben wurde, weil die Klägerinnen zur Zeit der Klageerhebung den Hof noch nicht verlassen und noch keinen selbstständigen Haushalt eingerichtet hätten. Demnach wurde die Klage zur Zeit zurückgewiesen.

Klägerinnen verließen darauf den Hof, stellten nochmals Klage bei dem K. Obergerichte Lüneburg im Jahre 1855 an und erreichten hier ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß.

Digitized by Google

Der Beklagte erhob Berufung und suchte auszuführen, daß die Abfindung nur auf dem Allodio laste, daher nur von dem Nachfolger in das Allodium oder von dem Gutsherrn zu prästiren sei, falls dieser etwa aus der von ihm bestätigten Ehestiftung haften sollte. — Klägerinnen opponirten dem Vorbringen die **replica rei judicatae**, weil bereits 1852 rechtskräftig **inter partes** entschieden sei, daß Klägerinnen von dem Hofe eine Abfindung verlangen könnten, da dieser Entscheidungsgrund das Element der früheren Entscheidung gebildet habe; bestritten eventuell die Deductionen des Beklagten. —

Das Gericht gab der Berufung statt und wies die Klägerinnen definitiv zurück mit folgenden Entscheidungsgründen:

In Erwägung, daß Abfindungen zumal im Lüneburgschen, wo bei deren Feststellung lediglich das Allodial- nicht auch das Hofesvermögen zur Grundlage dient, eben deßhalb an und für sich nicht als Reallasten oder Lasten des Hofes, sondern als Allodialschulden anzusehen sind, die der Hofeswirth nur in seiner etwaigen Eigenschaft als Allodialerbe und nicht schon als bloßer Besitzer des Hofes zu übernehmen und abzuführen hat,

in Erwägung, daß auch das Erforderniß der gutsherrlichen Genehmigung der Abfindungen auf deren Eigenschaft als Reallasten in keiner Weise schließen läßt, da diese Genehmigung ausdrücklich blos deßhalb in den Gesetzen vorgeschrieben ist, um zu verhüten, daß bei Feststellung der Größe der Abfindungen von dem Vermögen des Meiers irgend etwas außer dem reinen Allodio in Anschlag komme, dieselbe mithin ohne eine Haftbarkeit des Hofes anzunehmen, sich vollkommen erklären läßt.

In Erwägung, daß die Replik der bereits rechtskräftig ausgesprochenen Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der in Frage stehenden Abfindungen als unbegründet sich darstellt, da nach dem, was aus den betreffenden Acten vorgetragen ist, in dem früheren Processe die jetzt streitige Frage,

Digitized by Google

ob zur Zahlung der Abfindungen der Beklagte verpflichtet sei, weder in dem ersten noch in dem letzten Processe zur Entscheidung gekommen, vielmehr in dem ersten Processe es sich nur darum gehandelt hat, ob der Beklagte die Ausweisung der Klägerinnen aus seinem Hofe zu fordern berechtigt sei, und wenn als Entscheidungsgrund der Zurückweisung der Klage damals allerdings der Rückstand der klägerischen Abfindungen angegeben ist, doch damit eine Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Rückstände, eben weil diese überall nicht in Frage stand, nicht ausgesprochen werden konnte.

II. Senat. Westermann c. Meyer. 2. October 1857.

48.

Succession in Meiergüter in Bremen und Verden.

In den Herzogthümern Bremen und Verden existirt in Beziehung auf Meierhöfe ein gesetzliches Anerbenrecht nicht. In der Regel steht vielmehr dem Colonatsbesitzer im Einverständnisse mit seinem Gutsherrn unter seinen zur Succession berechtigten Kindern die Auswahl des Hofesnachfolgers zu.

Nach dem §. 2 der Verordnung vom 23. Juli 1833 sind bei abgelösten Höfen dieselben Grundsätze maßgebend, jedoch ist hier die Wahlbefugniß des Besitzers durch ein gutsherrliches Zustimmungsrecht nicht weiter beschränkt.

Daher war der Vater der Parteien wohl befugt, über die Succession in seinen, durch Ablösung frei gewordenen Hof zu Gunsten des Klägers zu verfügen.

Die erhobene Klage wird aber vollständig elidirt, falls der in Rede stehende einstellige Hof zu Barrl, in dem zum vormaligen Amte Rotenburg, Amtsvoigtei- und Kirchspielsbezirke Schneverdingen belegen — einer Localobservanz unterworfen ist, nach welcher den ältesten Söhnen der Colonatsbesitzer ein die oben erwähnte väterliche Wahlbefugniß ausschließendes Anerbenrecht, mithin ein unbedingtes Vorrecht vor ihren jüngeren Geschwistern gebührt.

Digitized by Google

Die Beweisführung dieser von dem Beklagten behaupteten Observanz ist für nothdürftig gelungen anzusehen.

II. Senat. Riebesehl c. Riebesehl. 13. December 1853.

49.

Fälligkeitstermin der Abfindungen aus Bauerngütern.

(cfr. auch Nro. 47.)

Klägerin verlangt von dem Beklagten eine Abfindung, da dieser als Besitzer des von dem Vater der Klägerin auf den Vater des Beklagten und von dem letzteren auf den Beklagten selbst übergegangenen Hofes zur Auskehrung der Abfindung verpflichtet sei.

Beklagter bestreitet namentlich, daß er als Successor des klägerischen Vaters zu betrachten und daß die Abfindung fällig sei.

Das Gericht hat erkannt:

Klägerin ist unzweifelhaft berechtigt, von dem Allodialvermögen, welches ihr weiland Vater mit seinem Hofe auf den weiland Vater des Beklagten übertragen hat, eine Abfindung zu fordern.

Der Beklagte erscheint zur Leistung der Abfindung in demselben Umfange, wie sein weiland Vater verpflichtet, wenn auch von diesem Allodialvermögen Nichts oder nur Etwas auf ihn überkommen sein sollte, da er nicht zu bestreiten vermocht hat, daß er seinem Vater nach Anerbenrechte im Hofe gefolgt sei, der Anerbe aber einem Universalsuccessor gleich die Verpflichtungen des Erblassers vollständig zu übernehmen und zu vertreten hat.

Für die Fälligkeit der Abfindungsforderung ist die angebliche Ausweisung der Klägerin von dem Hofe des Beklagten unerheblich, da diese zunächst wenigstens nur auf Rückkehr zu klagen berechtigen würde.

Auch das Versprechen der Klägerin, auf den beklagtischen Hof nicht wieder zurückkehren zu wollen, begründet noch nicht

Digitized by Google

die Fälligkeit der Abfindung. Diese tritt vielmehr nach allgemeinen, auch im Lüneburgschen geltenden Grundsätzen erst dann ein, wenn durch Verheirathung oder Anlegung einer separirten Oekonomie die Berechtigten thatsächlich sich auf immer vom Hofe trennen.

Der Anlegung einer separirten Oekonomie ist es indessen gleich zu achten, wenn die Klägerin, wie sie behauptet, bei ihrem Schwager Bruning auf immer Aufnahme gefunden hat, und kann ihr daher für diesen Fall die sofortige Auskehrung der Abfindung nicht verweigert werden.

II. Senat. Gause c. Gause. 9. October 1857.

50.

Ersatz der Impensen bei der inaedificatio.

Der Schenkwirth Wedemeyer hat im Jahre 1850 auf dem Grunde und Boden des Jacob Elfers ein Wohnhaus mit Nebengebäuden errichtet.

Es steht fest, daß dieses mit Vorwissen und Genehmigung des Elfers geschehen; streitig ist jedoch, ob und welche Vereinbarung zwischen Elfers und Wedemeyer hinsichtlich der Vergütung für Benutzung des Grund und Bodens und der für die Gebäude demnächst zu vergütenden Impensen gültig zu Stande gekommen sei.

Auch ohne den Nachweis einer besondern Vereinbarung wird von W. das Recht beansprucht, vollen Ersatz der aufgewandten Baukosten als impensae utiles fordern zu dürfen, während E. gar keinen Ersatz leisten, eventuell nur das jus tollendi gestatten will.

Es ist erkannt:

Hinsichtlich der Rechte des Liquidaten in Betreff des Gebäudes, muß bei der Abläugnung des vom Liquidanten behaupteten und in Ermangelung eines andern von dem Liquidaten nachzuweisenden, in Betreff des Gebäudes bestehenden Verhältnisses, lediglich auf die über inaedificatio geltenden allgemeinen Grundsätze recurrirt werden.

Digitized by Google

Hiernach darf richtiger Ansicht zufolge Derjenige, welcher wissentlich auf fremdem Grunde bauet, Ersatz der Impensen nicht beanspruchen, dagegen wenn er nicht **donandi animo** gehandelt hat und wenn er wie hier das Gebäude detinirt, sich des **juris tollendi** bedienen. Der Umstand, daß der Cridar Wedemeyer den Bau mit Einwilligung des Elfers vorgenommen hat, stellt ersteren dem **bonae fidei possessor** nicht gleich.

II. Senat. Elfers c. Thumann. 17. November 1857.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857 — 1858.

Nro. VI.

51.
Zu §§ 242 und 447 der B. P.-O.

Die im § 447 der B. P.-O. vorgeschriebene Frist von 2 Monaten ist auf die Erhebung einer gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gerichteten Restitutionsklage zu beschränken und auf den Fall eines versäumten Beweistermins nicht auszudehnen, weil § 242 sub 2 bei dem nachträglichen Vorbringen von Beweismitteln rücksichtlich der zu beachtenden Vorschriften auf den § 447 nicht verweiset.

II. Senat. Stein c. Stein. 27. Juni 1857.

52.
Die Frist für die Erhebung der Berufung läuft jedem Streitgenossen von dem Zeitpuncte der ihm geschehenen Behändigung der sententia a qua.

Von zwei verklagten Streitgenossen war dem einen das der Berufung unterliegende Urtheil I. Instanz am 4. Juni, dem andern erst am 11. Juni behändigt. Nur der erste erhob Berufung, ließ indessen erst am 10. August die Berufungsanträge behändigen.

Die ihm opponirte Einrede der Verspätung wurde für begründet erkannt,

Digitized by Google

weil die Berufungsfrist für den berufenden Theil von dem 4. Juni an lief, ohne daß hierin dadurch etwas geändert worden, daß dem Mitbeklagten erst am 11. Juni behändigt war, indem daraus, weil in § 121 der B. P.=O. vorgeschrieben ist, daß vor Anordnung des gesetzlichen Proceßvertreters die Mittheilungen allen Streitgenossen zu behändigen seien, doch keineswegs gefolgert werden kann, daß derjenige, welchem wirklich behändigt ist, diese Behändigung durch Versäumung processualischer Fristen so lange als nicht gehörig geschehen ansehen dürfte, bis seinem Streitgenossen ebenfalls behändigt ist, vielmehr außer allgemeinen Gründen auch § 33 in fine der B. P.=O. in der Vorschrift, daß ein processualisches Versäumniß eines Streitgenossen dem andern nicht schaden solle, an die Hand giebt, daß jedem Streitgenossen die Folgen seines Versäumnisses angerechnet werden sollen und können.

1. Senat. Heesemann c. Poloni. 24. November 1857.

53.

Einrede der Litispendenz setzt Identität der beiden Rechtsstreite voraus.

Die Altentheilerin Beckmann hatte wider ihren Sohn beim kleinen Senate Königl. Obergerichts Hameln Klage erhoben, daß er auf den Grund seines Stell=Uebernahme=Contractes, welcher ihn verpflichte, ihre Schulden zu bezahlen, schuldig erkannt werde, zwei bestimmte, noch unabgeführte dazu gehörige Schuldposten zu berichtigen.

Der Beklagte hatte die Abweisung der Klage beantragt, da er durch den Stell=Uebernahme=Contract nur verpflichtet sei, die vorhandenen Schulden bis zum Betrage von 1800 Thlr. zu bezahlen, er aber schon weit mehr bezahlt habe.

Während dieser Proceß noch pendent war, belangte Beklagter die Altentheilerin Beckmann bei dem großen Senate Königl. Obergerichts Hameln aus dem Grunde, weil er auf den Grund des fraglichen Uebernahme=Contractes die

Digitized by Google

vorhandenen Schulden zu zahlen übernommen habe, jedoch nur bis zum Betrage von 1800 Thlr., er aber von den vorhandenen Schulden bereits mehr als 1800 Thlr. berichtigt habe, deshalb die Erstattung der von ihm mehr bezahlten Schulden verlange.

In beiden Processen kam es, wenn auch verschiedene Posten in Frage standen, auf die Entscheidung der Frage mit an, ob der Stell-Annehmer sämmtliche Schulden zu zahlen übernommen habe, oder ob die Bemerkung im Contracte, daß die Schulden sich lediglich auf 1800 Thlr. belaufen, seine Verpflichtung auf diese Summe beschränke.

Die Altentheilerin Beckmann hatte gegen die Klage des Stell-Annehmers die Einrede der Litispendenz vorgeschützt und solche in erster Instanz durchgesetzt.

Auf die hiergegen erhobene Berufung ist die Einrede der Litispendenz verworfen, da die Litispendenz Identität beider Rechtsstreite voraussetze, an solcher es aber im vorliegenden Falle fehle, indem sie nicht schon deshalb angenommen werden könne, weil beiden Processen eine der für ihre Entscheidung erheblichen Fragen gemeinschaftlich sei, zumal eine Freisprechung des jetzigen Klägers im ersten Processe noch nicht eine Verurtheilung der jetzigen Verklagten im zweiten Rechtsstreite involviren könne.

Erkenntniß des I. Senats Königl. Oberappellationsgerichts vom 17. November 1857, zur Sache Beckmann gegen Beckmann, wegen Forderung.

54.

Zum § 27 des Steuergesetzes vom 21. October 1834.

Die Bestimmung des § 27 des Steuergesetzes vom 21. October 1834, wornach derjenige, welcher mehrere Gewerbe mit denselben Personen betreibt, nur mit dem von diesen Gewerben am höchsten Besteuerten zur Steuer angesetzt werden soll, setzt völlige Identität der zu mehreren Gewerben beschäftigten Personen voraus.

Digitized by Google

Es tritt deshalb diese Ausnahmebestimmung nicht ein, wenn das eine Gewerbe zwar mit denselben Personen betrieben wird, welche auch sämmtlich bei dem andern Gewerbe thätig sind, bei diesem aber auch noch andere Personen beschäftigt sind, als in dem ersten Geschäfte.

Erkenntniß des Criminal-Cassationssenats vom 25. Januar 1858 in Steuercontraventionssachen wider Israels aus Weener.

55.

Gültigkeit einer Conventionalstrafe bei einem ungültigen Hauptvertrage.

Ueber ein in Altenhagen, Amts Springe, belegenes Meiergut des Beklagten, worauf dieser zu seiner Frau eingeheirathet, war zwischen ihm und den Klägern am 5. April 1857 ein schriftlicher Kaufcontract in einer Privaturkunde errichtet.

In diesem Contracte war neben den sonstigen Kaufbedingungen Folgendes bestimmt:

„Für Festhaltung dieses Vertrages ist von Contrahenten eine Conventionalstrafe von 2000 Thlr., schreibe Zwei Tausend, festgestellt, welche derjenige Theil derselben dem andern Theile zu zahlen verspricht, welcher von diesem Vertrage zurücktritt, oder denselben zu erfüllen nicht im Stande ist, mit der ausdrücklichen Bedingung, daß wenn Käufer diesen heute abgeschlossenen Vertrag bis zum Sechs und zwanzigsten dieses Monats wieder aufrufen, das heißt: wenn dieselben schriftlich oder mündlich dem Verkäufer erklären, daß sie dieser Handel gereue und daß sie denselben nicht halten wollten, die Käufer von der Bezahlung der eben erwähnten stipulirten Conventionalstrafe entbunden sein sollen und Verkäufer an Käufer, da alsdann dieser Handel aufgerufen ist, keinerlei Ansprüche auf Entschädigung zu machen verspricht. Ist diese Zeit jedoch ohne Aufruf dieses Handels verstrichen, so verspricht Verkäufer, den Käufern sofort nach Aufforderung der letzteren mit demselben diesen Vertrag gerichtlich bestätigen zu lassen."

Digitized by Google

Da der Verkäufer die gerichtliche Anerkennung des Contractes verweigert hatte, so haben Kläger beim großen Senate Königl. Obergerichts Hameln die festgesetzte Conventionalstrafe eingeklagt.

Mit dieser Klage sind sie in erster Instanz abgewiesen, da der Hauptvertrag nichtig sei, indem nicht in Gemäßheit des Gesetzes vom 16. December 1843 innerhalb 6 Wochen auf Anerkennung des Vertrages geklagt worden, und da mit dem Hauptvertrage auch das Versprechen der Conventionalstrafe als pactum adjectum falle, was im vorliegenden Falle um so klarer sei, da es in dem Kaufcontracte heiße, daß die Conventionalstrafe bezahlt werden solle, wenn einer der Contrahenten von dem Vertrage zurücktrete, also die Existenz eines Vertrages vorausgesetzt sei, ein solcher aber wegen Versäumung der gerichtlichen Anerkennung nicht existire.

Auf die von den Klägern hiergegen erhobene Berufung ist denselben die Conventionalstrafe zuerkannt.

Die Entscheidungsgründe lauten folgendermaaßen:

„Der Vertrag vom 5. April 1857, wie ihn Kläger behaupten, ergiebt, daß die Conventionalstrafe zum Zwecke der Aufrechterhaltung des in jenem der Hauptsache nach gewollten Rechtsgeschäfts bedungen ist.

Daraus folgt einerseits, daß die Conventionalstrafe nicht als Reugeld stipulirt ist, dessen Bezahlung in der Willkür des Verklagten steht, um sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Hauptvertrages freizumachen. Andererseits folgt aus Obigem, daß die Leistung des durch das Hauptgeschäft Bezielten sich nicht rein als Bedingung für die Conventionalstrafe verhält, diese auch als Theil des gerichtlich zu verlautbarenden Contracts gewollt sein muß. Die obgedachte schriftliche Verabredung läßt aber schon nach den Worten, deren sie sich behuf Feststellung der Conventionalstrafe bedient: „welcher von diesem Vertrage zurücktritt", und wenn daneben erwogen wird, daß Kläger es nöthig fanden, für den Fall, daß sie selbst innerhalb der nächsten drei Wochen und zwar, wie das Folgende bestärkt, vor einer, während

Digitized by Google

jenes Zeitraumes nicht gewollten Verlautbarung und Bestätigung des Kaufgeschäfts von dem Vertrage zurücktreten würden, sich auszubedingen, daß sie dann von jener Conventionalstrafe nicht getroffen werden sollen, nicht bezweifeln, daß die Conventionalstrafe auch für den Fall bedungen werden sollte, daß der Rücktritt von dem in der Scriptur seinem Inhalte nach niedergelegten Vertrage dadurch erfolgte, daß der bezügliche Paciscent sich weigerte, ihm die zu seiner Geltung in der Hauptsache nöthige gerichtliche Form zu verschaffen.

* * *

Nach allgemeinen Rechtsprincipien kann die Gültigkeit einer solchen Verabredung von der Gültigkeit des Hauptvertrages nur in sofern abhängig erachtet werden, als sie nur als Theil des Letzteren anzusehen ist, und nicht, wie hier, auch das Gültigwerden des Letzteren bezweckte.

Unser Gesetz vom 21. December 1843 bietet aber kein Hinderniß gegen die Gültigkeit und Klagbarkeit eines solchen Pönalvertrages. Denn der Gesetzgeber will nichts anderes, als was die Conventionalstrafe bezweckt: das Zustandekommen einer öffentlichen Form des bezielten und durch Privatscriptur fixirten Hauptvertrages. Auch läßt sich daraus, daß der Gesetzgeber hierfür nur das Mittel einer binnen 6 Wochen zu erhebenden Klage auf gerichtliche Verlautbarung gegeben hat und nach hierzu unbenutztem Ablaufe jener Frist dem fraglichen Vertrage jede Wirkung abspricht, nicht schließen, daß er jedes andere, durch Vereinbarung unter den Betheiligten festzustellende, auf jenes abzweckende Mittel ausschließe, also namentlich die Bedingung einer, keineswegs lediglich die Feststellung eines Entschädigungsanspruchs in quali et quanto enthaltenden Conventionalstrafe und deren gerichtliche Verfolgung nach Ablauf jener Frist von sechs Wochen nicht wolle, wenn, wie hier geschehen sein soll, der eine Contrahent innerhalb gedachter Frist sich der gerichtlichen Verlautbarung des Vertrages geweigert hat.

Als in fraudem oder despectum legis eingegangen

Digitized by Google

oder durch die lex reprobirt, ist also die fragliche Straf-Verabredung nicht anzusehen."

Von dem Beklagten war noch die Einrede vorgebracht, daß der Verkauf des Hofes und die Conventionalstrafe auch noch deshalb ungültig sei, weil der Hof unter gutsherrlichem Verbande stehe und ein Dotalgut seiner Frau sei, eventuell auch die Meierguts- und Dotalguts-Qualität den Klägern bekannt gewesen sei.

Auch mit diesen Einwendungen ist der Beklagte aus nachstehenden Gründen enthört:

„Die Meierqualität des fraglichen Hofes, ist sie vorhanden, kann, wenigstens unsern Ablösungsgesetzen gegenüber, die Realstrung des fraglichen Verkaufs nicht als unmöglich erscheinen lassen.

Dasselbe würde von der, mit der Meierqualität übrigens nicht vereinbaren, Dotalqualität des Hofes, namentlich in Betracht unseres Gesetzes vom 30. Juni 1840 gelten. Haben aber beide Theile diese Eigenschaften des Hofes gekannt, so ist anzunehmen, daß die Conventionalstrafe grade mit zu dem Ende stipulirt werden sollte, um den Verklagten dazu zu drängen, daß er seinerseits nichts unterließe, jene Hindernisse zu beseitigen. Ein dolus abseiten der Kläger lag aber hierin nicht; und daß er alles gethan habe, was von ihm zu jenem Zwecke geschehen konnte, ist vom Verklagten nicht behauptet.

I. Civilsenat. In Sachen Bonwit gegen Vespermann, am 25. November 1857.

56.

Ein zwischen dem Meier und einem Dritten abgeschlossener, ins Leben getretener, aber aus formellen Gründen nichtiger Uebergabe-Contract enthält an sich keine zur Klage berechtigende Verletzung des Rechtes des Anerben.

Der Vollmeier Heimsoth zu Gestefeld hatte mittelst notariellen Kaufcontracts seine nach Lüneburgschem Meier-

Digitized by Google

rechte zu beurtheilende, jedoch vom gutsherrlichen Verbande abgelöſete Vollmeierſtelle zu Geſtefeld dem Schwiegervater ſeines zweiten Sohnes, unter Vorbehalt eines Altentheils, verkauft und dem Käufer übergeben.

Der älteſte Sohn des Vollmeiers Heimſoth forderte dieſe Stelle von dem Käufer heraus, weil der Vertrag in fraudem ſeines Anerbenrechts geſchloſſen und nur ſimulirt ſei, indem ein eigentlicher Uebergabe-Contract, und zwar zu Gunſten des zweiten Sohnes ſeines Vaters das wirklich abgeſchloſſene Geſchäft bilde.

Von dem Beklagten wurde opponirt, daß die Klage jedenfalls verfrüht ſei, weil ein etwaiger Uebergabe-Contract wegen fehlender obrigkeitlicher Beſtätigung nichtig ſein würde, wogegen der Kläger geltend machte, daß es nach dem Lüneburgſchen Succeſſions-Edicte lediglich auf die Thatſache ankomme, ob des Klägers Vater der Wirthſchaft ſich abgethan habe.

Das Gericht hat entſchieden, daß der etwa vorliegende Uebergabe-Contract wegen Mangels der Form wirkungslos, deshalb der Vater des Klägers noch Eigenthümer des Hofes geblieben ſein würde, mithin derſelbe als der Wirthſchaft ſich abthuend nicht angeſehen werden könne und hat deshalb die Klage als verfrüht verworfen, da erſt bei wirklicher Eröffnung der Erbfolge zu entſcheiden ſein werde, ob der fragliche Vertrag in fraudem legis vorgenommen, oder ſimulirt ſei.

I. Civilſenat. Heimſoth c. True. 28. Januar 1858.

57.

Klage auf Reſciſſion eines Kaufgeſchäftes wegen Mängel oder dolus.

Beklagter verlangt wegen dolus des Verkäufers, da dieſer gewußt habe, daß die von ihm verkauften Lämmer mit der Räude behaftet ſeien, und nach den Beſtimmungen des Aedilitiſchen Edictes Reſciſſion des Kaufes.

Das Gericht wies ihn zurück,

da der Ankauf der von dem Beklagten erſtandenen

Digitized by Google

78 Lämmer mittelst 20 verschiedener Gebote und darauf erfolgten jedesmaligen Zuschlags stattgefunden hat, hierin aber der Abschluß von 20 verschiedenen Kaufcontracten gefunden werden muß, da sodann die redhibitorische Klage nur für diejenigen Contracte wirksam sein kann, durch welche räudige Lämmer angekauft sind, folglich alle diejenigen Contracte, durch welche nicht mit der Räude behaftete Lämmer gekauft sind, mit dieser Klage nicht angefochten werden können, indem der Umstand, daß diese Lämmer sich in einer mit der Räude behafteten Heerde befunden haben, nicht geeignet ist, diese sonst gesunden Lämmer als fehlerhaft hinzustellen,

da ferner weder die einzelnen Käufe bezeichnet worden, durch welche die angeblich räudigen Lämmer erstanden sind, noch behauptet ist, daß bei jedem der verschiedenen Ankäufe sich unter dem verkauften Viehe räudige Lämmer befunden haben,

da endlich hinsichtlich der Contractsklage ein dolus des Klägers sich nur dann würde annehmen lassen, wenn außer den zur Begründung dieser Klage angeführten Momenten auch die Behauptung aufgestellt wäre, daß dem Kläger bekannt gewesen, der Beklagte würde keine Lämmer gekauft haben, wenn er gewußt hätte, daß in der Heerde des Klägers die Räude herrsche, indem nur in diesem Falle anzunehmen wäre, daß der Kläger den Irrthum des Beklagten zu dessen Nachtheile benutzt, also dolose gehandelt habe.

III. Senat. Kirchner c. Oldendorf. 31. October 1856.

58.

Besitzklage.

(cfr. Entscheidungen de 1856 — 1857 II, 55.)

Beklagte sind mittelst einer Besitzklage auf Räumung eines von ihnen detinirten Kruges belangt, weil das contractliche Verhältniß, welches dieselben früher zur Detention berechtigt habe, beendigt sei. — Beklagte räumen den Endtermin des fraglichen contractlichen Verhältnisses an sich als

Digitized by Google

eingetreten ein, bestreiten aber die Zulässigkeit der angestellten Besitzklage. Der eine Beklagte behauptet außerdem, daß er nach dem contractlich ihm eingeräumten Rechte so lange retiniren dürfe, bis ihm gewisse Verwendungen ersetzt seien.

Das Proceßgericht hat beide Beklagte pure verurtheilt.

Königl. Oberappellationsgericht reformirte und wies die Klage wider den einen der Beklagten zurück. In den Entscheidungsgründen wurde ausgesprochen:

Es mag unter Zugrundelegung der unbestrittenen Thatsachen nicht bezweifelt werden, daß Klägerin sich im Besitze des fraglichen Sandkruges befunden habe.

Auch läßt die über den bestimmten Endtermin hinaus wider den Willen der Klägerin fortgesetzte Detention beziehungsweise Bewohnung des Sandkruges für sich allein betrachtet die Beklagten als **invasores rei alienae** erscheinen und genügt solches zur Begründung jedenfalls der eventuell auf Wiedererlangung des Besitzes gerichteten Klage.

Dagegen ist die von dem Mitbeklagten vorgebrachte sog. Einrede der Retention geeignet, solchen Charakter seiner Invasion vollständig zu beseitigen, indem derselbe dadurch erklärt, die **nomine** der Klägerin ausgeübte Detention vermöge des ihm contractlich eingeräumten Rechts und zwar trotz Eintritt des Endtermins lediglich bis dahin fortzusetzen, daß diese die ihr bei Beendigung des contractlichen Verhältnisses gegen ihn obliegenden Verpflichtungen erfülle, und, es kann deshalb § 505 der B. P.-O. auf solchen Einwand keine Anwendung finden.

Im vorliegenden Falle ist aber dem Beklagten durch den fraglichen Vertrag vom 24. November 1842 das contractliche Recht gegeben, den Sandkrug nur gegen Erstattung der inferirten 100 Thlr. wieder abzutreten und nicht behauptet, daß diese vor Anstellung der Klage bezahlt oder **realiter** offerirt seien. Auf die übrigen Gegenansprüche kommt es daher zur Zeit nicht an.

II. Senat. Schlüter c. Höfer. 27. April 1857.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. VII.

59.

Haftung des Staates für seine Beamten.

Die Gemeinde Stemmen hatte 1823 den auf dem Gemeindeforstgrunde befindlichen Holzbestand verkauft, und wurde das Kaufgeld auf Anordnung der Regiminalbehörde von besonders dazu bestellten Rechnungsführern, unter der Oberaufsicht des Amtes Blumenau verwaltet. In der letzten Zeit war die Oberleitung dem Amtsassessor v. H. speciell übertragen. Diesem mußten die Rechnungsführer Rechnung ablegen, von ihm Autorisation bei Einziehung und Wiederbelegung von Capitalien einholen, während der Gemeinde selbst überall keine Einwirkung auf die Verwaltung des Fonds zustand.

Nachdem aus dem Fond mehrere Gemeindeabgaben bestritten, auch den Meierleuten und Hufelingen zu Stemmen ihre Antheile ausgeantwortet worden, blieb der den Klägern (Köthnern und Brinksitzern) zustehende Antheil von circa 1700 Thlr. in der Casse.

Dieser sollte zu einer bevorstehenden Zehntablösung verwendet werden und war deshalb das Geld disponibel zu halten.

Es wurde daher amtsseitig den Rechnungsführern auf-

Digitized by Google

gegeben, für Ausleihung gegen möglichst kurze Kündigungszeit Sorge zu tragen.

Als die Rechnungsführer sich zur Abschließung eines solchen Geschäftes nicht befähigt erklärten, erhielten sie von dem Amte den weiteren Bescheid dahin,

daß sie, da ein Banquier in Hannover das Geld zu 3¼ Proc. gegen 8tägige Kündigung in Verzinsung nehmen und zur Sicherheit Landesobligationen einliefern wolle, solche auch bereits eingegangen seien, nunmehr die Gelder dem Gerichte einzuzahlen haben.

Hierauf haben die Rechnungsführer dem Amtsassessor v. H. das Capital zugestellt, sofort eine Interimsquittung und bald nachher einen unter Amts-Hand und Siegel ausgefertigten, von dem Amtsassessor v. H. allein unterzeichneten Depositenschein de dato 15. Juli 1839 erhalten.

Kurze Zeit nachher stellte sich im Wege einer Criminalunterſuchung heraus, daß der Amtsassessor v. H. das den Klägern zustehende Capital, welches ihm in seiner Eigenschaft als Beamten des K. Amtes Blumenau anvertraut worden, unterschlagen hatte.

Kläger verlangen jetzt von dem Königl. Finanzministerio Erstattung dieſer Gelder.

Die Klage ist zurückgewiesen und ausgesprochen, daß nach der Darstellung der Kläger allerdings anzunehmen ist, daß die zu ihrem Antheile an den Stemmer Holzverkaufs-Fonds gehörenden 1500 Thlr. Gold von dem damaligen Amtsassessor v. H. in seiner Eigenschaft als Beamten in Empfang genommen sind;

daß aber nach derselben Darstellung die Verfügung des vormaligen Königl. Amtes Blumenau, auf deren Grund jene Auszahlung erfolgt ist, die Mitwirkung des Amts oder eines Mitgliedes desselben zu einer für die Interessenten des Fonds für angemessen erachteten Verwaltungshandlung bezweckt hat, zu welcher die eigentlichen Verwalter, die bestellten Rechnungsführer, sich für nicht fähig erklärt hatten,

demnach das K. Amt Blumenau oder der bei diesem

Digitized by Google

angestellte Amtsassessor v. H. in solcher Beziehung nicht Rechte und Interessen des Staates oder der Staatsgewalt vertreten, sondern in der That sich nur des Fonds und der bei diesem Betheiligten angenommen haben, um eine auf dem beschränkten Verfügungsrechte der letzteren beruhende Maßregel auszuführen und dadurch nicht eine directe Verbindlichkeit des Staats gegen die Kläger entstanden ist,

daß endlich die thatsächlichen Angaben der Kläger, um eine subsidiaire Verpflichtung des Staates zur Schadloshaltung zu begründen, theils nicht genügend concludent, theils nicht hinlänglich substantiirt sind.

I. Senat. Eggers u. Consorten c. Finanzministerium. 16. Juli 1856.

60.

Actio rei judicatae gegenüber der Zwangsvollstreckung nach der B. P.-O. von 1850.

Kläger hat, gestützt auf ein rechtskräftiges, an sich zur Zwangsvollstreckung geeignetes Urtheil, eine selbstständige Klage angestellt, ist aber von dem Proceßgerichte zurückgewiesen, weil nur die Zwangsvollstreckung des fraglichen Urtheils zulässig gewesen.

Es wurde von dem Königl. Oberappellationsgerichte reformirt,

weil durch die Bestimmungen der B. P.-O. eine Beschränkung der obsiegenden Partei hinsichtlich der Ausführung des die Gegenpartei verurtheilenden Erkenntnisses nicht eingetreten ist, indem die Vorschriften über Zwangsvollstreckung rechtskräftiger Urtheile einheimischer Gerichte nicht dahin gedeutet werden können, daß dergleichen Urtheile nur im Wege der Zwangsvollstreckung in Vollzug gebracht werden dürften, vielmehr die gemeinrechtliche Befugniß der obsiegenden Partei, diesen Vollzug auch durch die Anstellung einer neuen Klage herbeizuführen, noch gegenwärtig existirt, auch eine gewohnheitsrechtliche Abschaffung dieser Befugniß um so weniger angenommen werden kann, als ein solches Gewohnheitsrecht

Digitized by Google

völlig irrationell sein würde, da in einigen Fällen die Vollziehung derartiger Erkenntnisse gar nicht anders als im Wege einer auf diese Erkenntnisse gestützten Klage herbeigeführt werden kann.

III. Senat. Witte c. Sievers. 27. Decbr. 1856.

61.

Untergang von Realrechten durch Consolidation.

Im Bezirke des Amtes Bergen steht den Höfen oder Eigenthümern der Gebäude das Recht zu, das für Neubau und Reparaturen erforderliche Bauholz aus den herrschaftlichen Interessenten-Forsten zu erhalten.

Kläger hat im Jahre 1850 von der Königl. Domainencammer deren in Bergen belegene herrschaftliche Brauerei gekauft mit allen Rechten und Gerechtigkeiten und beansprucht jetzt, unter Widerspruch der Königl. Domainencammer, die allen Höfen zustehende Bauholzgerechtigkeit, behauptend, daß solche früher für die von ihm gekauften Gebäude stets ausgeübt sei.

Die Klage ist als unbegründet zurückgewiesen, und sind folgende hier in Betracht kommende Entscheidungsgründe mitgetheilt.

Kläger hat, indem er sich auf eine dem angekauften Brauerei-Etablissement zustehende Holzberechtigung gestützt, seinen Klageanspruch aus einer Interessenten-Eigenschaft der Königl. Domainencammer hinsichtlich der fraglichen Forsten abgeleitet.

Hiernach setzt die rechtliche Begründung der Klage, mag man derselben ein servitutisches oder ein Realrecht zu Grunde legen, wesentlich voraus, daß bei dem Verkaufe des fraglichen Gegenstandes eine dingliche Belastung und Berechtigung noch getrennt existirt haben.

Kläger hat jedoch eingeräumt, daß Königl. Domainencammer Eigenthümerin des Grundes und Bodens derjenigen Interessenten-Forsten sei, auf welchen die Holzberechtigung ruhen soll.

Digitized by Google

Wenn daher bei der Vereinigung des Rechts und der Pflicht in demselben Subjecte die Eigenschaft eines berechtigten Interessenten im Gegensatze eines Verpflichteten bei der Verklagten nicht vorhanden gewesen und eine Interessenten-Eigenschaft durch Consolidation rechtlich erledigt ist, so läßt sich ein Wiederaufleben der Holzberechtigung nach dem An- und Verkaufe und in Folge desselben rechtlich nicht statuiren. Auch ist in dem abgeschlossenen Contracte eine hierauf zu beziehende Stipulation nicht enthalten.

II. Senat. Hattesohl c. Domanium. 21. November 1853.

62.

Ersitzung von Reallasten.

Reallasten, zu denen auch das Zehntrecht gehört, können nicht nur durch unvordenkliche Verjährung, sondern auch der Praxis zufolge durch 30jährige Ersitzung erworben werden.

III. Senat. Löffler c. Hartje. 13. October 1857.

63.

Certioration durch den Cedenten ist der denuntiatio durch den Cessionar gleich zu achten.

Eine von dem Cedenten ausgehende, an den debitor cessus erfolgte Certioration ist einer Certioration abseiten des Cessionars gleich zu achten.

Mithin ist der Einwand des beklagten debitor cessus, daß nach der Seitens des Cedenten erfolgten Certioration der Cedent ihm gegenüber auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichtet habe, nicht geeignet, dem Beklagten dem Cessionar gegenüber Rechte zu verleihen.

Hülfssenat. Wedemeyer c. Nolting. 4. März 1857.

Digitized by Google

64.

1) Reformatio in pejus. — 2) Die zur Begründung der actio Pauliana gehörende dolose Verleitung bildet eine einzige, nicht in zwei Copulativen zu zerlegende Thatsache.

Zur Durchführung einer erhobenen **actio Pauliana** war den Klägern ein Beweis dahin auferlegt:

daß der Beklagte wissentlich durch Vorlegung eines falschen **status bonorum** die Kläger zur Eingehung des in Rede stehenden Vergleichs verleitet habe.

Der hierüber deferirte Eid war im Urtheile vom 13. Februar 1857 gerichtsseitig dahin normirt:

Ich schwöre ꝛc., daß ich wissentlich den Klägern einen falschen **status bonorum** nicht vorgelegt habe, auch nach sorgfältiger ꝛc. nicht weiß, daß Kläger durch Unrichtigkeiten in dem fr. **status** zur Eingehung des fr. Vergleichs verleitet worden sind.

Daneben war erkannt, daß wenn Beklagter den ersten Theil dieses Eides schwöre, es auf die Eidesleistung hinsichtlich des zweiten Theils nicht mehr ankomme.

Für den Fall, daß Beklagter die Eidesleistung hinsichtlich des ersten Theils verweigere und den Eid hinsichtlich des zweiten Theils zurückschiebe, war die Norm dieses Eides für die Kläger festgestellt.

(Der Fall, daß Beklagter den zweiten Theil des Eides selbst ausschwören wollte, war nicht berücksichtigt.)

Nun erhob der Beklagte Berufung und beschwerte sich unter Anderem darüber, daß der fr. Eid nicht angemessener normirt, namentlich nicht hinsichtlich des angeblichen **dolus** auf bestimmtere factische Momente gerichtet, und eventuell nicht mindestens rein alternativ für den Beklagten festgestellt sei.

Hierauf wurde erkannt:

„Auch ist der auf Gestattung der alleinigen Ausschwörung eines Necsienz-Eides über den zweiten Satz des fr.

Digitized by Google

Eides gerichtete Antrag unbegründet, weil der Beklagte eine Zerlegung des fr. Beweissatzes in zwei verschiedene Copulativen ohne besondere Zustimmung der Kläger nicht verlangen, insbesondere nicht berechtigt sein kann, den ersten Hauptbestandtheil der fr. Eidesnorm durch Verweigerung des Eides als richtig anzuerkennen und lediglich über die Einwirkung der angeblich dolosen Vorspiegelungen des Beklagten auf die Handlungsweise der Kläger mit einem Nescienz-Eide abzukommen."

„Dagegen muß die Beschwerde in soweit als begründet anerkannt werden, als die fr. Eidesnorm nicht vollständig oder nicht mit der dem Beweissatze entsprechenden Klarheit den Thatbestand eines dem Beklagten zur Last gelegten Betruges erschöpft, mithin eine Gewissensbeschwerung für den Beklagten unter Umständen hervorzurufen allerdings geeignet erscheint. Auf der anderen Seite bleibt es zweifelhaft, ob, weil der Beklagte nicht geradezu eine dem Beweissatze conforme Abänderung der Eidesnorm beantragt hat, eine unbedingte anderweite Feststellung der Eidesnorm und eine Zurücknahme der vom Gerichte erster Instanz dem Beklagten zuerkannten alternativen Befugniß nicht etwa unter Umständen eine unzulässige Verschlimmerung der Lage des Beklagten involviren könnte. In Ermangelung eines auf Rectification der Eidesnorm zuständig gewesenen Adhäsions-Antrages dürfen daher mit einer der Berufungs-Beschwerde des Beklagten entsprechenden Abänderung der Eidesnorm nicht gleichzeitig die vom Gerichte erster Instanz dem Beklagten eingeräumten alternativen Facultäten dem Beklagten entzogen werden."

„Aus diesen Gründen wird der Beschwerde in beschränkter Maße dahin stattgegeben, daß neben den im Urtheile vom 13. Februar 1857 dem Beklagten zuerkannten Befugnissen dem Beklagten alternativ gestattet wird, einen Wahrheits-Eid dahin abzuleisten:

> Ich schwöre ꝛc., daß ich wissentlich durch Vorlegung eines falschen status bonorum die Kläger nicht zur

Digitized by Google

Eingehung des in Rede stehenden Vergleichs verleitet habe. So wahr ꝛc.“

I. Senat. Curiel c. Forstmann. 13. Juli 1857.

65.

Advocaten als Vertreter der Parteien im obergerichtlichen Verfahren.

Gegen eine von dem Kläger wider ein obergerichtliches Erkenntniß an den Civilcassationssenat Königlichen Oberappellationsgerichts erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wandte Beklagter ein:

Der Beschwerde fehle ein Object, das angefochtene Erkenntniß existire gar nicht, weil bei der Publication desselben keiner der Anwälte der Parteien, sondern nur ein von dem Anwalte des Klägers substituirter Advocat zugegen gewesen, eine solche Substitution aber, wenn auch mit Einwilligung des Gerichtes geschehen, doch jedenfalls in Absicht auf die Entgegennahme richterlicher Entscheidungen für unstatthaft zu erachten sei.

Der Cassationssenat verwarf diesen Einwand unter Hervorhebung folgender Entscheidungsgründe:

„daß aber diese ganze Procedur“ — die als geschehen erkannte Substitution — „als rechtlich wirkungslos anzusehen sei, kann daraus, daß sie als den Bestimmungen des Gesetzes nicht entsprechend anzuerkennen ist, nicht gefolgert werden, weil nicht anzunehmen ist, daß die zur Aufrechterhaltung der Ordnung in dem Gerichtsverfahren gegebenen Vorschriften wegen Vertretung der Parteien bei den Obergerichten durch aus der Zahl der bei ihnen als solche angestellten gewählte „Anwälte“ eine Dispensation hiervon Seitens des Gerichtes im Einzelfalle gänzlich ausschließen; eine Unterscheidung in dieser Beziehung zwischen der Vertretung der Partei behuf Verhandlung der Sache und derjenigen behuf Entgegennahme gerichtlicher Verfügungen kann aber überall nicht als begründet angesehen werden,

Digitized by Google

da bei letzteren nicht minder, wie bei ersteren der Substitut des Anwaltes dem letzteren gleichzusetzen sein würde.

Civilcassationssenat. Schaper c. Traupe, wegen Meliorationen. 5. Juli 1858.

66.

Zum § 430 der B. P.-O.

Eine auf Grund des § 430 der B. P.-O. in dritter Instanz an Königl. Oberappellationsgericht gebrachte Berufung ist als unzulässig verworfen. Die Entscheidungsgründe sind folgende:

„In Erwägung, daß die Zulässigkeit einer dritten Instanz nach Maßgabe der Bestimmungen der B. P.-O. § 430 an die Voraussetzung geknüpft ist, daß eine Entscheidung hinsichtlich der Frage, ob Maßregeln der Verwaltungsbehörden innerhalb oder außerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommen worden, erfolgt sei;

„in Erwägung, daß nach Vorschrift der Königl. Verordnung vom 1. August 1855, betreffend Publication des Bundesbeschlusses u. s. w. § 3 der durch das Gesetz vom 5. September 1848 § 10 aufgehobene § 40 des Landesverfassungsgesetzes von 1840 wieder hergestellt worden ist, hiernach aber die rechtliche Möglichkeit einer Entscheidung über die vorhin gedachte Frage ausgeschlossen ist, mit dem Hinwegfallen einer solchen Voraussetzung aber die ganze Bestimmung der B. P.-O. im § 430 von selbst cessirt, wird u. s. w."

II. Civilsenat. Wehland c. Ahrbeck und Riechelmann, wegen Besitzesstörung. 17. Febr. 1858.

67.

Zulässigkeit eines Suppletorium bei dem Beweise eines Gewohnheitsrechtes.

Der Klägerin war der Beweis auferlegt:

daß in der vormaligen Herrschaft Plesse das auf der Vererbung beruhende Näherrecht (Erblosung) gelte.

Nach geschehener Beweisaufnahme erkannte das Gericht:

Digitized by Google

„— Er (scil. der Beweis) kann auch nicht als völlig erbracht anerkannt werden, ist aber als soweit geführt anzusehen, daß Klägerin zum Suppletorio zuzulassen ist, wenn ein nothwendiger Eid über die Existenz eines Gewohnheitsrechtes überhaupt statthaft ist. Letzteres wird aber vom Beklagten mit Unrecht bestritten. Aus der Fassung des § 282 der B. P.-O. läßt sich die Unstatthaftigkeit eines solchen Eides nicht folgern, weil das Bestehen des Gewohnheitsrechtes eine Thatsache ist, welche dem Beweissatze gemäß ausgemittelt werden soll. Die Bedenken aber, welche der Statthaftigkeit einer Eidesdelation über die Existenz eines Gewohnheitsrechtes entgegenstehen, fallen beim nothwendigen Eide hinweg, weil hier der Richter, außer dem Eide der Partei, positive Anhaltspuncte für die Begründung seiner Ueberzeugung von der Existenz oder Nichtexistenz des fraglichen Gewohnheitsrechtes hat, die Partei aber im Stande sein kann, bei der ihr obliegenden sorgfältigen Nachforschung Ueberzeugungsgründe zu ermitteln, welche nicht durch die Beweisführung festgestellt sind."

I. Senat. Ernst c. Waldmann, wegen Näherrechtes. 16. November 1855.

68.

Unzulässigkeit der Eidesdelation bei dem Beweise eines Gewohnheitsrechtes.

(Vergl. Nro. 67.)

Der Beklagte hatte der Berufung des Klägers sich angeschlossen, sich beschwert erachtend, daß ein vom Kläger über die Existenz eines Gewohnheitsrechtes zugeschobener Eid nicht für unzulässig erkannt worden sei. Gerichtsseitig wurde dieser Beschwerde stattgegeben. Die Entscheidungsgründe gehen dahin:

In Erwägung, daß, die Beschwerde des Beklagten gegen den Bescheid vom 16. Juni 1857 betreffend, wenn auch die Eidesdelation nicht als völlig unzulässiges Beweismittel bei dem Beweise eines Gewohnheitsrechtes erscheint, indem mittelst

Digitized by Google

derselben einzelne Thatsachen, aus denen die Existenz des Gewohnheitsrechtes sich ergeben soll, dargethan werden können, doch die Eideszuschiebung über die Geltung des Gewohnheitsrechts, wie solche hier von dem Kläger zur Hand genommen, sowohl nach den Vorschriften der B. P.-O., als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für verwerflich zu erachten ist und daher schon aus diesem Grunde ohne alle weitere Beweisaufnahme die Klage zurückzuweisen gewesen wäre.

II. Senat. Peckſen c. Dierßen und Peckſen. 5. März 1858.

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. VIII.

69.

Erwerbsgrund bei der heriditatis petitio.

Eine verzögerliche Einrede wegen mangelnden Erwerbsgrundes nach § 185 der B. P.-O. kann gegen die hered. petitio nicht in sofern erhoben werden, als der Kläger den Erwerbsgrund des Erblassers nicht angegeben hat, denn darin liegt nicht der Erwerbsgrund für die hered. petitio im Sinne des § 185, zumal die Klage gar nicht auf Objecte des Eigenthumes oder sonstiger dinglicher Rechte des Erblassers beschränkt ist.

I. Civilsenat. Holzhausen c. Holzhausen. 17. September 1857.

70.

Honorar für den Sachführer in der Berufungsinstanz.

Der Sachführer war mehrfach thätig gewesen, um den Anwalt in der Berufungsinstanz zu instruiren. Als die Kosten wider den Gegner liquidirt waren, billigte das Gericht in dem Feststellungsbescheide einen Satz von 5 Thlr. als Vergütung für den Sachführer zu.

I. Civilsenat. Peinemann c. Prigge. 21. November 1857.

Digitized by Google

71.

Die Einrede der Präclusion ist eine peremtorische. — Der Hannoversche Richter ist nicht competent, gegen eine von einem ausländischen Gerichte erkannte Präclusion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. — Der das Berufungs-Urtheil betreffende § 422 der B. P.-O. ist auch auf die Adhäsion anwendbar. — Der Hannoversche Richter muß die Rechtskraft der Verfügungen ausländischer Gerichte anerkennen, ohne die Competenz der betreffenden Gerichte zu prüfen; diese Prüfung ist nur in dem Ausnahmsfalle des § 29 der B. P.-O. zulässig. — Prorogation der Parteien im Provocations-Processe ist zulässig.

Der Zollbeamte von Zerßen in Altona, als Mandatar des Fährhofspächters von Zerßen in Missunde, erhob beim großen Senat des Königl. Obergerichts in Hameln eine Klage gegen das Stift St. Bonifacii zu Hameln, indem er für seinen Mandanten als succedirenden Vasallen die Belehnung mit dem sog. Rohbraken, einem im Fürstenthume Lippe belegenen, von dem beklagten Stifte als der Lehnsherrschaft relevirenden Gute, verlangte.

Beklagtischerseits wurde im Wege einer verzögerlichen, eventuell einer peremtorischen Einrede auf folgende Thatsachen Bezug genommen und hierüber vorab verhandelt. Vor Beginn dieses Processes war nämlich von Seiten des beklagten Stifts bei dem Fürstlich Lippeschen Hofgerichte zu Detmold, als dem **foro rei sitae**, eine Edictalladung aller derjenigen erwirkt, welche Ansprüche an das eröffnete fr. Lehngut machen zu können glaubten. In Folge dessen hatte der Kläger dort sein beanspruchtes Successionsrecht angemeldet. Das beklagte Stift hatte sodann den Kläger bei dem nämlichen Gerichte **ad agendum** provocirt; dem Provocaten (jetzigen Kläger) war gerichtsseitig eine Frist zur Erhebung seiner Klage vorgeschrieben, und nach Ablauf dieser Frist war auf des Provocanten Antrag ein Präclusiv-Bescheid erlassen, in welchem

Digitized by Google

ausgesprochen war, daß der pp. von Zerßen (im gegenwärtigen Processe Kläger) mit seinen Ansprüchen für den Fall ausgeschlossen werde, wenn nicht inzwischen zeitig bei einem zuständigen Gerichte Klage erhoben sein sollte. Dieser Präclusiv-Bescheid war dann dem Mandatare des Provocaten behändigt. Da dies Alles vor Erhebung der jetzt beim Königlichen Obergerichte in Hameln eingebrachten Klage geschehen war, so leitete das beklagte Stift hieraus eine Präclusions-Einrede gegen den Kläger her.

Der Kläger stellte die erwähnten Thatsachen nicht in Abrede, bestritt aber die Einrede als unbegründet und bat eventuell um in integrum restitutio gegen den Präclusiv-Bescheid des Hofgerichts zu Detmold, indem er darauf Bezug nahm, wie die Verabsäumung der ihm zur Klagerhebung präfigirt gewesenen Frist ohne sein Verschulden nur in Folge einer Krankheit seines damaligen Rechtsbeistandes herbeigeführt sei.

Das beklagte Stift bestritt wiederum die Restitutionsbitte, wiewohl es die als Grundlage dafür aufgestellten Behauptungen einräumte.

Das Proceßgericht erkannte die Präclusions-Einrede an sich für begründet, ertheilte aber die klägerischer Seits begehrte Restitution, und ließ, da hiermit die Einrede als beseitigt erschien, über die Klage weiter verhandeln. Im ferneren Laufe des Processes wurde auf Beweis erkannt und schließlich das Resultat der Beweisführung festgestellt.

In der sodann vom Kläger anhängig gemachten Berufungs-Instanz erhob das beklagte Stift eine Adhäsiv-Beschwerde dahin: daß dem Restitutions-Antrage des Klägers stattgegeben und nicht vielmehr die Klage auf Grund der Präclusions-Einrede verworfen sei. Kläger bezeichnete diese Beschwerde zunächst als formell unzulässig, weil die mit derselben angefochtene Entscheidung lediglich die verzögerliche Einrede der Präclusion erledigt und deshalb nach § 393 der B. P.-O.

Digitized by Google

sub 3 längst rechtskräftig geworden sei; eventuell bestritt er die Beschwerde als unbegründet und begehrte, daß nöthigenfalls nochmals geprüft werde, ob die Einrede an sich nicht hätte verworfen werden müssen, weil das in Bezug genommene Präclusiv-Decret von einem unzuständigen Gerichte erlassen sei. Das beklagte Stift stellte dieses eventuelle Begehren als formell unzulässig dar, weil der Adhäsion gegenüber eine solche Beschwerde nicht erhoben werden könne, eine Berufungsbeschwerde aber dieserhalb nicht formirt sei. Kläger erklärte hierauf bei der mündlichen Verhandlung, daß er auf alle Fälle jenes Begehren noch jetzt als eine Berufungs-Beschwerde — wofür die Frist nach seiner Ansicht noch offen sei — zur Geltung bringen wolle. (Ueber die Frage nach dem Ablaufe der Berufungsfrist war ein besonderer Streit entstanden.)

Hierauf erkannte das Berufungsgericht Folgendes:

„II. Die erste Anschließungs-Beschwerde des Beklagten:

1. Die formelle Zulässigkeit ist von dem Kläger mit Unrecht bestritten. Die Vertheidigung des Beklagten, in soweit sie die Behauptung enthält, daß der Kläger seines Rechtes durch Ausschließung verlustig geworden sei, kann nicht auf eine verzögerliche Einrede im Sinne des § 196 der B. P.-O. zurückgeführt werden, weil sie das Erlöschen des Klaganspruchs selbst betrifft. Der Umstand, daß die Einrede in den schriftlichen Gegenanträgen von dem Beklagten zunächst als eine verzögerliche bezeichnet worden, dieses auch in dem ersten Urtheile des Königl. Obergerichts geschehen ist, berechtigt nicht, die Vorschrift des § 395 Nro. 3 anzuwenden, welche nur die unter den § 196 fallenden, nicht sämmtliche verzögerliche Einreden betrifft. Auch hat der Beklagte dieselbe Einrede als zerstörliche vorgeschützt, und die Verfügung des Vorsitzenden, daß zunächst die mündliche Verhandlung auf diese Einrede beschränkt sein solle, hat jedenfalls dieselbe in ihrem ganzen Umfange, auch in ihrer Eigenschaft als zerstörlicher betroffen, ist nicht bloß auf § 197, sondern auch auf die allgemein im

Digitized by Google

§ 112 ertheilte Befugniß des Vorsitzenden zur Anordnung getrennter Verhandlung zurückzuführen.

2. Bei Prüfung des Materiellen der Anschließungsbeschwerde ist die Zuständigkeit des Königl. Obergerichts zur Ertheilung der eventuell nachgesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erwägen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob nach römischem Rechte die prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Urtheil von einem andern, auch nicht vorgesetzten Richter ertheilt werden durfte, ferner ob die Bestimmungen des römischen Rechts über jene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand da, wo das gemeine Proceßrecht anzuwenden ist, neben den Vorschriften über das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anwendung gebracht werden dürfen.

Das beseitigte Erkenntniß ist von einem ausländischen Gerichte abgegeben. Die Frage, wie dieses Erkenntniß etwa beseitigt werden kann, ob durch ein außerordentliches Rechtsmittel oder ein Gesuch um Restitution gegen die eingetretene Fristversäumniß, oder auf welchem anderen Wege, kann nur nach den für das ausländische Gericht bestehenden Rechtsnormen beurtheilt werden, welche gleichwohl in dem gegenwärtigen Verfahren weder geltend gemacht, noch bei der Entscheidung des Königlichen Obergerichts in Bezug genommen sind.

Der Ausspruch darüber gehört ferner allein an das Fürstliche Hofgericht zu Detmold, oder etwa das demselben vorgesetzte höhere Gericht. Wenn auch das Königl. Obergericht zur Entscheidung über den Anspruch zuständig war, wegen dessen ein Provocationsverfahren stattgefunden hatte, mithin das letztere nicht eine Prävention für die Entscheidung der Sache selbst begründet hatte, so war doch für das Provocationsverfahren eine Prävention eingetreten, und diesem Verfahren gehörte die Abgabe des Ausschließungsbescheides an. In sofern das Königl. Obergericht selbst die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts für die Provocation anerkannt hat, mußte dasselbe auch die Folgen der Prävention

Digitized by Google

anerkennen, und war nicht berechtigt, eine dem Provocationsverfahren wesentlich angehörende Entscheidung über Beseitigung des Ausschließungsbescheides abzugeben.

Erscheint das Königl. Obergericht nicht berechtigt, den Ausschließungsbescheid durch Ertheilung von Restitution zu beseitigen, so kann die Frage, ob hier die Restitution im Wege der Replik erbeten worden, und ob dieses zulässig sei, nicht weiter in Betracht kommen, vielmehr ist nur noch

III. zu erwägen, ob der Ausschließungsbescheid des Fürstlichen Hofgerichts als rechtmäßig abgegeben anzusehen ist.

1. Der Beklagte behauptet mit Unrecht, daß diese Frage, als rechtskräftig entschieden, einer Prüfung nicht mehr unterzogen werden dürfe. Nach Beseitigung der ertheilten Restitution ist dieser bereits in erster Instanz zur Sprache gebrachte Punct nach § 422 Nro. 2 der B. P.-O. zur nochmaligen Entscheidung des Berufungsgerichts erwachsen, auch ist die deshalb eventuell erhobene Berufungsbeschwerde nach den Entscheidungsgründen zu I. keineswegs verspätet.

2. Dagegen ist der Einwand, der Ausschließungsbescheid sei von einem unzuständigen Gerichte abgegeben, zur Entscheidung eines Hannoverschen Richters nicht erwachsen, sondern an das Fürstliche Hofgericht oder etwa an ein diesem vorgesetztes Gericht zu verweisen. Nach gemeinem Rechte, namentlich nach **lex. 2 pr. D. si quis in jus vocatus non ierit**, muß regelmäßig der vor Gericht Geladene bei diesem Gerichte den Mangel der Zuständigkeit geltend machen; der Kläger behauptet nicht allein nicht, dieses gethan zu haben, sondern führt selbst an, daß er um Erstreckung der vom Fürstlichen Hofgerichte vorgeschriebenen Frist nachgesucht habe. Wenn er nach diesem Schritte überhaupt noch befugt war, die Unzuständigkeit geltend zu machen, so mußte dieses bei jenem Gerichte geschehen.

Wenn ferner nach § 29 der B. P.-O. der hiesige Richter dem ausländischen Rechtshülfe gewähren soll, sofern dem Ersuchenden ein durch freiwillige Erstreckung nicht zu hebender

Digitized by Google

Eingriff in die Zuständigkeit des Ersuchten nicht zur Last fällt, demnach der inländische Richter nur in diesem einzigen Falle die Unzuständigkeit des ausländischen zu prüfen hat, so ist durch das Gesetz anerkannt, daß über die Zuständigkeit des ausländischen Richters mit Ausnahme jenes Falles, vor diesem und dessen Oberen zu entscheiden ist, denn der hiesige Richter hat dann, wenn er selbst bei Vollstreckung der Erkenntnisse ausländischer Gerichte mitwirken muß, eine auf ein solches Erkenntniß gestützte Einrede der Rechtskraft um so mehr zu berücksichtigen.

Eine Unzuständigkeit, welche nicht durch freiwillige Erstreckung gehoben werden könnte, ist weder behauptet noch begründet.

Der von dem Kläger angeregte Zweifel, ob die Fürstlich Lippe-Detmoldschen Gerichte ein auf ergangene Provocation von einem Hannoverschen Gerichte, als Gerichte des Wohnorts, abgegebenes Erkenntniß anerkennen würden, ist gleichfalls mit nichts begründet, abgesehen davon, daß gar nicht behauptet worden, daß im Fürstenthum Lippe-Detmold der Richter der belegenen Sache ausschließlich für solche Provocationen zuständig sei. Auch ist die Verbindlichkeit des hiesigen Richters, auf den Grund des Erkenntnisses eines auswärtigen Gerichts die Einrede der Rechtskraft zuzulassen, von größerer Ausdehnung, als diejenige, ein solches Erkenntniß zu vollstrecken und nicht davon abhängig gemacht, ob der betreffende ausländische Richter die Erkenntnisse hiesiger Gerichte vollstreckt.

3. Die Behauptung des Klägers, daß der Ausschließungsbescheid ihm nicht ordnungsmäßig behändigt sei, muß, in sofern sie auf Vorschriften des hiesigen Rechts gestützt werden soll, zurückgewiesen werden, weil dieses Recht auf die Behändigung von Erkenntnissen ausländischer Gerichte nicht anzuwenden ist, und erscheint, in soweit sie auf den Inhalt des Bescheides selbst, worin eine Mittheilung an den Provocaten verfügt worden, gebauet ist, ebenfalls unbegründet, weil nach gemeinem Rechte solche Mittheilung an den Vertreter geschieht,

Digitized by Google

abweichende Normen des Fürstenthums Lippe-Detmold aber nicht angegeben sind. Der Ausschließungsbescheid steht demnach einer die fr. Ansprüche des Klägers verfolgenden Klage so lange entgegen, als der darin erkannte Ausschluß nicht von dem Fürstlichen Hofgerichte oder in zuständiger höherer Instanz beseitigt worden ist ꝛc.

Demnach wird erkannt:

daß der ersten Anschließungsbeschwerde des Beklagten Statt zu geben und Kläger mit der angestellten Klage abzuweisen sei ꝛc.

I. Civilsenat. von Zerßen c. das Stift St. Bonifacii in Hameln. 22. September 1857.

72.

Einfluß der Berufungsfrist auf die Zulässigkeit neuer Beweismittel.

Die Beklagte beschwerte sich in der Berufungs-Instanz über das festgestellte Resultat der klägerischen Beweisführung. Kläger schlug behuf Bestreitung der Beschwerde und auch behuf Begründung einer Adhäsiv-Beschwerde einen neuen Zeugen vor. Hierauf benannte auch die Beklagte, nachdem die Berufungsfrist schon abgelaufen war, noch ihrerseits mehrere neue Zeugen, um durch dieselben den Gegenbeweis zu führen und ihre Berufungsbeschwerde zu begründen. Ueber die Zulässigkeit dieser beklagtischen neuen Zeugen wurde Folgendes erkannt:

„in Erwägung, daß, anlangend die zweite klägerische Adhäsiv-Beschwerde, Kläger sich zu deren Begründung der Denominirung eines neuen Zeugen zur fernerweiten Führung des ihm auferlegten Hauptbeweises bedient hat, unter diesen Umständen aber es auch der Beklagten frei stehen muß, sich ihrerseits zum Zwecke des directen Gegenbeweises neuer Beweismittel zu bedienen, während Beklagte allerdings, in sofern solches zum Zwecke der Begründung ihrer eigenen Beschwerde hätte geschehen sollen, die Berufungsfrist hätte inne halten müssen ꝛc.“

Digitized by Google

Nachdem die Zeugen vernommen waren, entstand ein Streit darüber, ob die Zeugen des Beklagten auch bei Beurtheilung der Berufung, oder nur hinsichtlich der Adhäsion zu berücksichtigen seien. Das Gericht entschied sich für Ersteres.

II. Civilsenat. Ahrens c. Bartels. 4. November 1857 und 14. April 1858.

73.

1) Die Einrede des nicht erfüllten Contracts kann wegen Nichtgewährung eines nicht existirenden Objects nicht erhoben werden. — 2) Zulässigkeit der Adhäsion gegen die vom Berufungskläger nicht angefochtenen Urtheile. — 3) Bedeutung eines Diffessions-Eides für die Anfechtbarkeit der bis dahin gesprochenen Entscheidungen.

Die beim großen Senate des Königl. Obergerichts in Göttingen erhobene Klage war auf Bezahlung von Kaufgeldern für eine dem Beklagten verkaufte Mühle gerichtet. Der Beklagte opponirte die Einrede des nicht erfüllten Contracts, weil Kläger die Mühle mit allem Zubehör verkauft und als eine Zubehör auch eine Backgerechtigkeit benannt habe, eine solche aber in der That nicht vorhanden sei. Kläger räumte die Nichtexistenz der Backgerechtigkeit ein, stellte aber die angebliche Zusage in dieser Richtung in Abrede.

Das Proceßgericht verkündete am 18. April 1856 ein Urtheil, in welchem noch Beweisführungen, theils hinsichtlich des Klaggrundes, theils in Betreff anderer Einreden angeordnet wurden, die Einrede des nicht erfüllten Contracts aber — weil ein Zurückhalten des Kaufgeldes bei der feststehenden Nichtexistenz der beanspruchten Backgerechtigkeit unzulässig, eine etwaige Preisminderung aber nicht begehrt sei — verworfen wurde.

In der Beweis-Instanz wurden u. A. zwei durch Bescheid vom 5. Juli 1856 gerichtsseitig normirte Diffessions-Eide bezüglich zweier vom Kläger zum Beweise des Klaggrundes benutzten Urkunden abseiten des Beklagten geleistet. Sodann wurde über die Resultate der Beweisführungen durch

Digitized by Google

Feststellung von Eidesnormen erkannt und das betreffende am 4. April 1857 verkündete Urtheil dem Beklagten ordnungsmäßig behändigt.

Kläger erhob eine lediglich gegen das letzte Urtheil vom 4. April 1857 gerichtete Berufung.

Der Beklagte trug im Wege der Anschließung die Beschwerde gegen das Urtheil vom 18. April 1856 vor, daß nicht die Einrede des nicht erfüllten Contracts zugelassen sei.

Kläger bezeichnete diese Adhäsion als formell unzulässig, weil durch Leistung des Diffessions-Eides und sodann durch Ablauf der Berufungsfrist hinsichtlich des Schlußurtheils das vom Beklagten angegriffene Beweisurtheil vom 18. April 1856 bereits für beide Theile unanfechtbar geworden sei. Eventuell wurde der materielle Grund der Adhäsion bestritten.

Das Berufungsgericht erkannte hierauf:

In Erwägung, daß die Adhäsion für formell zulässig gehalten werden muß, weil sie nach Maßgabe des § 402 der B. P.-O. ohne Rücksicht auf den Ablauf der Berufungsfrist Platz greift und ein Verzicht auf dieselbe daraus, daß der Beklagte den Diffessions-Eid bezüglich des Briefes vom 6. December 1854 abgeleistet hat, nicht gefolgert werden mag; dieselbe dagegen als materiell unbegründet sich darstellt, weil der Beklagte, nachdem er die gekaufte Mühle tradirt erhalten und das Kaufgeld theilweise gezahlt hat, von dem Anspruche des Klägers in Beziehung auf den noch rückständigen Theil seiner Leistung wegen des Nichtvorhandenseins der Backgerechtigkeit mittelst einer Einrede des nicht erfüllten Contracts sich nicht zu befreien vermag, indem Beklagter die Aufhebung des Geschäfts selbst nicht beantragt und auch nicht einen Anspruch auf Entschädigung aus der angeblich ertheilten und nicht gewährten in Rede stehenden Zusage geltend gemacht hat, demselben es auch an jeder Berechtigung fehlt, seine durch den fr. Kaufcontract übernommenen Verbindlichkeiten zurückzuhalten, bei dem hiernach sich ergebenden rechtlichen Ungrunde der Einrede des nicht erfüllten Contracts es auf die Fragen nicht weiter ankommt, ob dieselbe für thatsächlich substantiirt ge-

Digitized by Google

halten und ob auf die ihr zum Grunde gelegte Zusage die Vorschrift des § 3 des Gesetzes vom 16. December 1843 angewendet werden könnte.

I. Civilsenat. Germelmann c. Lüdecke. 17. Nov. 1857.

74.

Ueber Feststellung und Herabsetzung der Werthclasse.

Der Kläger hatte auf Schutz im Besitze eines Grundstücks beim großen Senate des Königl. Obergerichts Hannover geklagt. Der Beklagte bestritt die Competenz des großen Senats, weil das hier in Frage stehende Areal längst nicht 300 Thlr. werth sei. Kläger meinte, daß bei der Werthschätzung ein größeres Areal, als das vom Beklagten angenommene, maßgebend sein müsse, und daß dann der Werth auf mehr als 300 Thlr. sich ergebe. Das Gericht erklärte sich wegen mangelnden Werths des Objects für unzuständig. In der Berufungs-Instanz wurde diese Entscheidung bestätigt. Inzwischen war im Processe die 8. Werthclasse festgestellt, und nach dieser Norm auch die Bezahlung der Gerichtskosten geschehen.

Nach Erlaß des Berufungsurtheils beantragte nun der Kläger, es möge nunmehr die Werthclasse in Gemäßheit des anzunehmenden geringeren Werths herabgesetzt werden, und zwar mit rückwirkender Kraft.

Auf diesen Antrag wurde erkannt:

In Erwägung

1. daß ein die Summe von 300 Thlr. übersteigender Werthgegenstand Vorbedingung für die Zuständigkeit des angegangenen großen Senats des Königl. Obergerichts Hannover ist, und der Kläger in der ersten und in der Berufungs-Instanz die Zuständigkeit durch die Behauptung, daß hier ein unschätzbares Recht den Streitgegenstand bilde und daß dieser den Werth von 300 Thlr. übersteige, zu begründen gesucht hat, von beiden erkennenden Gerichten aber, entsprechend der Vertheidigung des Beklagten, angenommen ist, daß der

Digitized by Google

vom Kläger erhobene Anspruch nur einen den Werth von 300 Thlr. nicht erreichenden Gegenstand beziele;

in Erwägung

2. daß hiernach für den unter den Parteien darüber geführten Streit: ob die Zuständigkeit des angezogenen Gerichts für begründet zu erachten? eben der Werth des vom Kläger als erhoben behaupteten Anspruchs als der Streitgegenstand im Sinne des Gesetzes über die Gebühren-Taxe vom 8. November 1850 angesehen und bei der Festsetzung der Werthclasse zum Grunde gelegt werden mußte, resp. werden muß, der Werth desjenigen aber, was hinterher als der Gegenstand des wirklich erhobenen Anspruchs selbst erkannt ist, hierfür nicht maßgebend sein kann;

in Erwägung

3. daß die Schlußbestimmung des § 9 des ebengedachten Gesetzes — welcher zufolge, wenn sich im Laufe des Rechtsstreits ergiebt, daß statt der gewählten Werthclasse eine andere zu erwählen gewesen, selbst von Amtswegen die richtigere Werthclasse festgesetzt werden soll — hier nicht zutrifft und auch nicht einst eine analoge Anwendung finden darf, weil sie den Fall einer nothwendig gewordenen Rectification der bis dahin aus einem Versehen oder dergleichen irrthümlich festgesetzten und angewendeten Werthclasse bezielt, dieser Fall hier aber nicht vorliegt; —

wird der Antrag des Klägers auf Herabsetzung der Werthclasse, und zwar mit rückwirkender Kraft für die bisherigen Verhandlungen, als unbegründet zurückgewiesen.

I. Civilsenat. Steinwede c. Schaper. 23. Decbr. 1857.

75.

Anwendbarkeit der Berufung im Sinne des transitorischen Gesetzes vom 4. Mai 1852 § 6, Nro. 2.

Im Wege der Berufung war ein im alten Proceßverfahren erlassenes Urtheil angegriffen, welches über die Resultate der Beweis-Instanz, unter Normirung eines nothwen-

Digitized by Google

digen und mehrerer deferirten Eide erkannt hatte. Der berufende Theil hatte außerdem schon vor Behändigung der Berufungsanträge die Appellation eingelegt. Die verzögerliche Einrede der Unzulässigkeit wurde vom Berufungsgerichte verworfen, weil das angefochtene Erkenntniß im Sinne des transitorischen Gesetzes vom 4. Mai 1852 § 6, Nro. 2 u. 3 als ein solches anzusehen sei, welches über den Erfolg des Beweisverfahrens entscheide und das Beweisverfahren schließe, und weil durch die Wahl des nach demselben Gesetze hier unzulässigen Rechtsmittels der Appellation die Befugniß, innerhalb gesetzlicher Frist die allein zuständige Berufung zu erheben, nicht entzogen sei.

I. Civilsenat. von Heimburg c. von Bremer. 2. November 1857.

76.

Proceßführung von Realgemeinden.

(cfr. Hann. Mag. Bd. 2, Heft 2, Seite 217.)

Die Gemeinde Eimbeckhausen und die beiden Höfe zu Milliehausen waren mit einer Klage gegen den Baron von Bremer aufgetreten, indem sie Beschwerde führten, daß der Beklagte auf einem an die Kläger zur Abfindung von Forstberechtigungen veräußerten Areale ohne Recht die Jagd exercire. Zur Begründung ihres Rechts brachten sie die über jene Veräußerung aufgenommene Urkunde bei und benannten in der Klagschrift als Kläger die beiden Gemeinden von Eimbeckhausen und Milliehausen. Behuf der Vertretung im Processe waren Syndici bestellt, welche ein für die sämmtlichen berechtigten Hofbesitzer von Eimbeckhausen und Milliehausen in gewöhnlicher Form aufgenommenes Syndicat producirten. In Veranlassung einer gegen die Activ-Legitimation vorgebrachten Rüge, dahin gehend, daß hier 2 Gemeinden aufgetreten seien, während nach der Erwerbs-Urkunde die einzelnen Hofbesitzer als die Berechtigten erschienen, wurde in der Berufungs-Instanz vom Gerichte Folgendes ausgesprochen:

Digitized by Google

„Der im Jahre 1828 von der Gemeinde Eimbeckhausen und den beiden Hofbesitzern zu Milliehausen mit dem Besitzer des Guts Eimbeckhausen geschlossene Vertrag stellt eine bis dahin zu Forstnutzungen in der Eimbeckhäuser Interessentenforst berechtigte Interessentenschaft, bestehend aus den Stellwirthen zu Eimbeckhausen und den beiden Hofbesitzern zu Milliehausen, dar. Durch den Vertrag hat diese Interessentenschaft statt bisheriger Forstnutzungen eine privative Forst erworben. Das Eigenthum an der letzteren steht nach den Grundsätzen des deutschen Rechts über Gesammteigenthum der ganzen Genossenschaft zu, wenn auch die Nutzungsrechte sich in Rechte der einzelnen Genossen auflösen. Die Genossenschaft ist daher allerdings berechtigt, das ihr zustehende Eigenthum zu vertreten, und die beiden Höfe zu Milliehausen nehmen an solcher Vertretung in diesem Processe durch Syndici der ganzen Genossenschaft Theil. Der Antrag des Beklagten, die Besitzer der beiden Höfe, weil sie als Einzelne aufgetreten seien, zurückzuweisen, ist daher ebenso unbegründet, als der Antrag auf Zurückweisung der übrigen Kläger, weil nicht einer juristischen Person, sondern einzelnen Interessenten das Eigenthum zustehe.

Daß solche Interessentenschaften, sog. Realgemeinden, ihre Vertretung durch gewählte Syndiken beschaffen, welche eben als Vertreter der ganzen Genossenschaft handeln, entspricht anerkannten Rechtsgrundsätzen ꝛc."

I. Senat. von Bremer c. Gemeinde Eimbeckhausen und Milliehausen. 19. November 1857.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. IX.

77.

Zeitpunct der Geltendmachung von Berufungsbeschwerden nach den §§ 346 und 394 der B. P.-O. Anwendbarkeit des § 148 der B. P.-O. auf die Berufungsfrist.

Es war theils über eine vom Kläger geltend gemachte Forderung, theils über verschiedene compensanda und theils über eine Widerklage verhandelt. Das Proceßgericht sprach ein Urtheil, in welchem es den Parteien verschiedene Beweise auferlegte, ohne die Folgen der Beweise festzustellen, und verfügte zugleich, daß die Entscheidung über die Widerklage, soweit dieselbe auf Schadenersatz gerichtet sei, nach § 346 der B. P.-O. ausgesetzt bleibe. Die Beweise wurden zum Theil sofort durch Eideszuschiebung, zum Theil durch andere principale Beweismittel angetreten.

Das Proceßgericht normirte zunächst die principaliter zugeschobenen Eide.

Die betreffende Verfügung vom 14. Mai 1855 wurde in Gemäßheit des § 140 der B. P.-O. dem Beklagten am 2. Juli 1855 behändigt. Nach erledigter Aufnahme der übrigen Beweise entschied das Gericht über die Resultate derselben und stellte wiederum verschiedene Eidesnormen fest. Dieses Urtheil wurde an des Klägers Anwalt, welcher eine Vollmacht

Digitized by Google

mit Verzicht auf persönliche Behändigung beigebracht hatte, am 23. Januar 1856 insinuirt. Eine gleiche Vollmacht für den beklagtischen Anwalt lag nicht vor.

Die Urtheile des Proceßgerichts hatten sämmtlich über die Folgen der Beweisführungen und bezw. der Eidesleistungen die nöthigen Feststellungen nicht gegeben.

Der Beklagte erhob nun Berufung und ließ die Anträge am 28. März 1856 behändigen.

Er stellte verschiedene Beschwerden auf, einige derselben waren gegen die Beweisauflagen über diejenigen Gegenforderungen gerichtet, hinsichtlich deren schon früher die Eidesnormen festgestellt waren.

Kläger erhob die verzögerliche Einrede der Desertion:

1. weil die Berufungsfrist gegen den Beklagten mit der von seiner Seite erwirkten Behändigung nach § 148 der B. P.-O. in Lauf getreten, aber nicht gewahrt sei, und

2. weil mehrere von den Beschwerden nach § 394 der B. P.-O. schon mittelst sofortiger Berufung gegen das Urtheil vom 14. Mai 1855 hätten geltend gemacht werden müssen.

Der Beklagte erwiderte:

ad 1, daß der § 148 der B. P.-O. hier nicht anwendbar erscheine, weil beklagtischerseits nicht auf persönliche Behändigung verzichtet sei,

ad 1 und 2, daß eine Verspätung nicht denkbar sein würde, falls das Gericht auf Grund des § 346 der B. P.-O. die Berufung als verfrüht ansehen müßte, und daß diese Verfrühung vorzuliegen scheine, weil zur Zeit noch keine endliche oder bedingt endliche Entscheidung im Sinne des cit. § 346 abgegeben sei.

Hierauf erklärte der Kläger, wie er eventuell seinerseits auch die etwa anzunehmende verfrühte Erhebung der Berufung nach Maßgabe des cit. § 346 im Wege verzögerlicher Einrede geltend machen wolle.

Das Berufungsgericht erkannte:

„In Erwägung, daß zwar die Entscheidungen erster

Digitized by Google

Instanz an Unvollständigkeit leiden, indem in dem Urtheile vom 12. Januar 1856 wegen der Folge der Ableistung oder Verweigerung auferlegter nothwendiger Eide und anderer normirter Haupteide zwar auf das Beweis-Interlocut verwiesen, in diesem selbst aber für den Fall der Führung oder Verfehlung auferlegter Beweise endliche Entscheidung nicht ausgesprochen, sondern nur weiteres Erkenntniß verheißen ist, daß gleichwohl dieser Umstand, da unvollständige Urtheile nach Ablauf der einwöchigen Ergänzungsfrist nach § 361 der B. P.-O. im Wege der Berufung ergänzt werden können, für sich allein eine Suspendirung der Berufung auf Grund der Bestimmungen des § 346 der B. P.-O. nicht herbeiführen würde;

in Erwägung jedoch

2. daß diejenigen Streitpuncte, deren Erledigung nicht von dem Resultate einer der verschiedenen Eidesdelationen abhängig ist, einer sofort zu verfolgenden Berufung nach § 346 nicht eher zu unterziehen sind, als bis in den letztgedachten, von den Eidesdelationen abhängigen Puncten definitiv entschieden sein wird, die Berufung wider jene Streitpuncte daher jedenfalls aus diesem Grunde als verfrüht sich darstellt;

in fernerer Erwägung

3. daß die Berufung, in soweit sie wider die Normirung deferirter Eide gerichtet ist, oder solche Beschwerden betrifft, welche hiermit nach § 394 in einem entschiedenen Zusammenhange stehen, und aus diesem Grunde daher vorab verfolgt werden mußte, als verspätet sich darstellt, und zwar, soweit es sich um die mittelst der Verfügung vom 14. März 1855 vorgenommene Normirung deferirter Eide und die damit im entscheidenden Zusammenhange stehenden Beschwerden handelt, schon deshalb, weil die Berufungsfrist seit Behändigung jener Verfügung an den Beklagten selbst ohnlängst verstrichen ist, soweit es sich aber in dieser Hinsicht um das Urtheil vom 12. Januar 1856 handelt, weil nach der eine Ausnahme nicht gestattenden allgemeinen Vorschrift des § 148 jede Proceßfrist, also auch die gesetzliche Frist zur Erhebung der Beru-

Digitized by Google

fung, welche mit der Behändigung einer richterlichen Verfügung ihren Lauf beginnt, von diesem Zeitpuncte an auch gegen die Partei läuft, auf deren Betreibung die Behändigung erfolgt, und es dabei nicht relevirt, wenn jene Erwirkung von der Partei persönlich nicht, sondern von deren Proceßbevollmächtigten ausgegangen ist;

hiernach aber

4. die der Berufung des Beklagten opponirte Einrede der formellen Unzulässigkeit in jeder Hinsicht begründet zu erachten.

I. Civilsenat. Bock c. Stamme. 1. October 1857.

78.

Die Königliche Domainen-Cammer kann durch solche Verfügungen, welche sie kraft der Forstherrlichkeit (im Gegensatze zur Forsthoheit) erläßt, nicht die richterliche Cognition über die dadurch betroffenen Verhältnisse ausschließen.

Die Königliche Domainen-Cammer war rechtskräftig verurtheilt, den klagenden Gemeinden Hohenbostel und Consorten das Holen des zum Streuen ihres Viehes erforderlichen Laubes aus der am Deister belegenen Interessentenforst zu gestatten.

Inzwischen hatte die Domainen-Cammer schon während des Processes ein Regulativ erlassen, in welchem vorgeschrieben war, daß das Laubholen in der fraglichen Forst nur an gewissen einzelnen Tagen und an bestimmten Plätzen erlaubt sein solle. Nach Maßgabe dieses Regulativs hatte der betreffende Revierförster die weiteren Anordnungen zu dessen Ausführung getroffen. In den Proceßverhandlungen war aber bis zu der erwähnten rechtskräftigen Verurtheilung auf diese Verfügungen nicht Bezug genommen.

Da nun die Kläger der Meinung waren, daß Königliche Domainen-Cammer durch das, was sie unter Festhaltung der getroffenen Anordnungen den Klägern gewähren wollte, nicht dem richterlichen Urtheile genüge, so ließen sie

Digitized by Google

durch einen Gerichtsvoigt behuf der Zwangsvollstreckung ein Zahlungsgebot ergehen, und als dies nichts fruchtete, brachten sie beim Proceßgerichte einen Antrag ein, in welchem sie den Umfang ihres Bedürfnisses an Laub darlegten und wegen nicht gewährter Befriedigung dieses Bedürfnisses in Rücksicht auf die processualische Sachlage den Erlaß eines richterlichen Pönal-Mandats nach dem § 549 der B. P.-O. begehrten.

Die Königliche Domainen-Cammer stellte den von den Klägern behaupteten Umfang des Bedürfnisses in Abrede, berief sich aber zugleich darauf, daß in Rücksicht auf die von ihr kraft der Forstherrlichkeit erlassenen Anordnungen die richterliche Cognition über die dadurch betroffenen Verhältnisse gesetzlich ausgeschlossen sei.

Das Proceßgericht verwarf den Antrag der Kläger auf Grund der von Königlicher Domainen-Cammer erhobenen Einwendung. Auf die hiergegen klägerischerseits im Wege der Berufung erhobene Beschwerde erkannte das Berufungsgericht:

„Nachdem die Beklagte durch Urtheil vom 18. October 1856 rechtskräftig verurtheilt ist, den Mitgliedern der klagenden Gemeinden zu gestatten, das zum Streuen ihres Viehes erforderliche Laub aus der Interessentenforst am Deister zu holen, ist der Streit der Parteien darüber, welches Quantum an Laub auf Grund dieses Urtheils gefordert werden darf, in demselben Rechtsstreite zu erledigen.

Dieser Streit gehört nicht, wie die Kläger annehmen, in die Executions-Instanz, muß vielmehr erledigt sein, bevor von einem Verfahren behuf Vollstreckung jenes Urtheils die Rede sein kann, allein der von den Klägern bei dem Gerichte erster Instanz gestellte Antrag enthält genügende Angaben, um als ein Anrufen des Gerichts zur Entscheidung jenes Streits in geeigneter Weise zugelassen zu werden.

Die von der Königl. Domainen-Cammer getroffenen Anordnungen bieten für die Gerichte keine genügende Veranlassung dar, sich der Festsetzung dessen, was den Klägern nach dem ergangenen Urtheile gebührt, zu entziehen.

Digitized by Google

Die Königliche Domainen-Cammer erkennt an, daß sie als Vertreterin des Fiscus rechtskräftig verurtheilt sei, den Klägern zu gestatten, das zum Streuen ihres Viehes erforderliche Laub aus den Interessentenforsten am Deister zu holen, behauptet aber, daß sie in ihrer Eigenschaft als Forstpolizeibehörde — in der mündlichen Verhandlung kraft ihrer Forstherrlichkeit — ein Regulativ getroffen habe, wie in der betreffenden Forst das Laubholen geübt werden solle. Dazu sei sie berechtigt, und die Gerechtsame der Kläger könne sich nicht weiter erstrecken, als dahin, daß sie unter Beobachtung solcher forstpolizeilicher Anordnungen, über deren Rechtmäßigkeit die Gerichte nicht zu entscheiden hätten, ausgeübt werde.

Es steht nun allerdings der Staatsgewalt die Forsthoheit zu, kraft welcher Gesetze behuf der Erhaltung der Forsten erlassen werden, auch eine obere Aufsicht über die Beobachtung dieser Gesetze, so wie über die Verwaltung der Forsten überhaupt, Forstpolizei im höheren Sinne, Landesforstpolizei, geübt wird. Von diesem Rechte der Staatsgewalt ist die niedere Forstpolizei wesentlich verschieden. Diese wird regelmäßig, und wo nicht anderweit besondere Bestimmungen gelten, von dem Forstherrn, dem Eigenthümer der Forst, im Interesse einer einzelnen speciellen Forst, also im eigenen Interesse geübt, nicht im Interesse des Staats an Erhaltung der Waldungen überhaupt, wenn auch den kraft der Forsthoheit erlassenen Gesetzen oder solchen gleich zu achtenden allgemeinen Regierungs-Vorschriften entsprechend, und unter der oberen Aufsicht der von der Staatsgewalt dazu bestellten Behörde. In dem vorliegenden Falle ist ein Regulativ getroffen über die Art und Weise, wie in einzelnen Forsten bei gewissen Forstnutzungen verfahren werden solle, im Interesse dieser bestimmten Forsten, also des Forstherrn, wie es von jedem Forsteigenthümer in Ermangelung besonderer Beschränkungen desselben erlassen werden kann, nicht eine Anordnung im Interesse des Staats, kraft der in der Forsthoheit enthaltenen obersten Aufsicht über Forstverwaltung und Forstpolizei der Forsteigenthümer.

Digitized by Google

Es versteht sich von selbst, daß solche Acte, welche Ausflüsse eines Privatrechts, des Forsteigenthums, sind, mit denjenigen Beschränkungen geübt werden müssen, welche durch Privatrechte Dritter geboten sind, und daß, wenn dieses nicht geschieht, der in seinen Privatrechten Verletzte den Schutz der Gerichte gegen den Forsteigenthümer anrufen kann. Dabei kann es keinen Unterschied begründen, daß für den Forsteigenthümer eine landesherrliche Behörde gehandelt hat, da über die behauptete unrechtmäßige Uebung von Privatrechten, selbst derjenigen des Fiscus, die Gerichte zu entscheiden haben.

Der Königl. Domainen-Cammer steht es, wie anderen Forsteigenthümern, namentlich zu, über das Verfahren bei Ausübung servitutischer Rechte gewisse Vorschriften zu ertheilen, z. B. über Zeit der Ausübung, zu beobachtende Reihenfolge der Forsförter u. s. w., denen sich der Berechtigte, da er seine Gerechtsame pfleglich ausüben muß, zu unterwerfen hat. Wenn aber behauptet wird, daß diese Vorschriften das Recht selbst ganz oder theilweise verkümmern, so gehört es zum Wirkungskreise der Gerichte, die beeinträchtigten Privatrechte dagegen zu schützen, die Ausübung der im Eigenthume enthaltenen Rechte auf das richtige Maß zurückzuführen, und auszusprechen, daß privatrechtliche Beschränkungen des Eigenthums verletzt seien.

Beklagte selbst hat in dieser Instanz das von Königl. Domainen-Cammer erlassene Regulativ als einen Ausfluß der Forstherrlichkeit und als einen Ausspruch über die Leistungsfähigkeit der Forst, also nicht als eine Anforderung der Staatsgewalt dargestellt.

Ob und in wie weit der Königlichen Domainen-Cammer neben der Forstpolizei im Interesse des Eigenthümers auch eine im Interesse der Staatsgewalt zu übende Oberaufsicht in Betreff der hier in Frage stehenden Forsten zusteht, kommt nach dem Vorstehenden hier nicht in Betracht ꝛc."

I. Civilsenat. Gemeinde Hohenbostel und Conf. c. Domainen-Cammer. 20. October 1857.

Digitized by Google

79.

Ein Restitutions-Antrag, welcher dazu dienen soll, um ein klagbar gemachtes Recht gegen einen eingetretenen Verlust aufrecht zu erhalten, muß sofort bei der Klagerhebung geltend gemacht werden.

Kläger hatte gewisse Erbansprüche erhoben, denen Beklagter u. A. die Einrede opponirte, daß durch einen den Kläger bindenden Vertrag dessen etwaiges Recht erloschen sei. Kläger beantragte, es möge ihm gegen jenen Vertrag die **in integrum restitutio** ertheilt werden, stellte aber diesen Antrag allererst, nachdem die Behändigung der Klage schon erfolgt war, in der mündlichen Verhandlung.

Beklagter bestritt die formelle Zulässigkeit in der I. Instanz nicht, machte aber in der Berufungs-Instanz geltend, daß das **in judicium** deducirte Rechtsverhältniß nach dem Zeitpuncte der Klagerhebung — jetzt Behändigung — vom Richter zu beurtheilen sei, daß also der später erst gestellte Restitutions-Antrag für die erhobene Klage nicht in Betracht kommen könne.

Das Berufungsgericht erkannte diesen Einwand an und verwarf den Restitutions-Antrag.

Aus den Entscheidungsgründen ist hervorzuheben:

„War derselbe (der oberwähnte Vertrag) nicht ungültig, bedurfte er vielmehr zur Beseitigung einer vorgängigen Rescission, so bestanden zur Zeit der Klagerhebung diejenigen Rechte, welche die Klägerin verfolgt, nicht mehr und es mußten mindestens mit der Klage Anträge verbunden werden, welche deren Herstellung bezielten, im Wege der Replik kann solche nicht bewirkt werden.

I. Civilsenat. Peinemann c. Prigge. 21. April 1857.

Digitized by Google

80.

Nießbrauch des Vaters am Sondergute der Kinder im Altenlande kraft Herkommens ausgeschlossen.

Nach einem im Altenlande existirenden Herkommen hat der Vater keinen Nießbrauch am Sondergute des Kindes.

II. Civilsenat. Palm'sche Vormünder c. Palm. 27. Juni 1855.

81.

Die Einrede fehlender Legitimation zur Sache ist keine verzögerliche Einrede im Sinne des § 196 der B. P.-O.

Verschiedene Einwohner zu Oldenrode waren wider den Baron von Oldershausen zu Oldershausen wegen Holzgerechtigkeit klagbar geworden.

Beklagter beantragte im Wege verzögerlicher Einrede Abweisung der Klage in angebrachter Maße wegen fehlender Legitimation zur Sache, indem er nicht die einzelnen Einwohner von Oldenrode, sondern nur die Gemeinde Oldenrode selbst zur Klage legitimirt erachtete.

Der Präsident verfügte, daß über diese Einrede abgesondert verhandelt werden solle, worauf das Gericht, nachdem solches geschehen, die Einrede für begründet erkannte und die Klage abwies.

In der Berufungs-Instanz wurde diese Entscheidung wieder aufgehoben und die Sache behuf weiterer Verhandlung und Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen.

Die Entscheidungsgründe gehen dahin:

In Erwägung nun, daß die vom Beklagten im Verhandlungstermine vom 27. April d. J. als verzögerliche Einrede vorgeschützte und als solche vom Gerichte erster Instanz für begründet erklärte Einrede der den Klägern abgehenden Legitimation zur Sache als verzögerliche Einrede im Sinne des § 196 der Proceß-Ordnung mit der Wirkung, daß die erhobene Klage ohne vorgängige Verhandlung der Hauptsache

Digitized by Google

zurückzuweisen wäre, nicht begründet erscheint, weil, selbst wenn die vom Beklagten bestrittene Activ-Legitimation der Kläger überhaupt ohne Rücksicht auf den materiellen Inhalt der Klaganträge und ohne näheres Eingehen auf die Hauptsache mit Sicherheit einer abgesonderten richterlichen Beurtheilung zu unterwerfen, nicht vielmehr unter allen Umständen als integrirender Bestandtheil des von den Klägern geltend gemachten Klagfundaments aufzufassen sein sollte, keinenfalls von vornherein als rechtlich gewiß angenommen werden kann, daß lediglich die Gemeinde Oldenrode — mit Ausschluß der angeblich zur Ausübung des fraglichen Rechts berechtigten einzelnen Gemeinde-Mitglieder — im vorliegenden Falle das klägerischerseits aus der Gemeinde-Angehörigkeit und aus Handlungen der einzelnen Gemeinde-Mitglieder abgeleitete, vom Beklagten den Klägern gegenüber speciell bestrittene fragliche Recht im Wege des Civil-Processes zu verfolgen befähigt sei.

III. Civilsenat. Einwohner Fr. Meinecke u. Consc. von Oldershausen. 1. October 1857.

82.

Zum § 141 der P.-Ordnung.

Sobald von der Partei auf persönliche Behändigung richterlicher Verfügungen Verzicht geleistet ist, muß nach § 141 Absatz 2 der bürgerlichen Proceßordnung die Behändigung der Verfügung unbedingt an den Bevollmächtigten geschehen, damit die Berufungsfrist in Lauf gesetzt werde. Eine Behändigung an die Partei selbst ist irrelevant.

I. Civilsenat. Wedemeyer c. Römermann. 30. März 1858.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Dritte Abtheilung.

1857—1858.

Nro. X.

83.

Ueber Kirchen- und Schullasten. Anwendbarkeit des bestehenden Beitragsfußes für neu hinzugelegte Bezirke.

Der Kahlesand, früher einer bestimmten Parochie nicht angehörend, ist 1849 der Kirchen- und Schulgemeinde Krautsand zugelegt.

Der Besitzer des Kahlesandes verweigerte seither die Beiträge zu den Kirchen- und Schullasten in Krautsand, weil er in Hannover resp. Osnabrück wohnte und nicht als Mitglied der Kirchen- und Schulgemeinde anzusehen sei. Die zuständigen Verwaltungsbehörden erster und zweiter Instanz erkannten zu Gunsten des Kirchen- und Schulvorstandes zu Krautsand, daß der Besitzer und Erbpächter des Kahlesandes mit seinem dortigen Grundbesitze zu den Kirchen- und Schullasten heranzuziehen sei, weil eine vorhergegangene amtliche Untersuchung ergeben hatte, daß die fraglichen Lasten nach Herkommen in Krautsand einen dinglichen Charakter angenommen hatten.

Das Königliche Cultusministerium hob diese Entscheidungen am 23. Januar 1854 wieder auf und verfügte die Freiheit des Besitzers von den Kirchen- und Schullasten, weil der allerdings anzuerkennende Umstand, daß in der älteren

Digitized by Google

Parochie Krautsand der dingliche Charakter der fragl. Lasten hergebracht sei, bei dem Principe des heutigen Rechts, nach welchem die Herrschaft der verschiedenen Rechtsnormen eine örtlich abgegrenzte sei, für den hinzugelegten Kahlesand als bedeutungslos erscheine.

Der Kirchenvorstand hat darauf den Rechtsweg beschritten und sich auf das in Krautsand wie im Lande Kehdingen überhaupt geltende Herkommen gestützt.

Von dem Beklagten ist sowohl die Ansicht des Cultusministerii geltend gemacht, als auch behauptet, daß die im Verwaltungswege erfolgte Regulirung des Beitragsfußes eine reine Verwaltungssache sei und als eine definitive nicht im Wege Rechtens beseitigt werden könne.

Das Proceßgericht (Obergericht Stade) hat sich völlig der Ansicht des Cultusministerii angeschlossen und die Klage als unbegründet zurückgewiesen.

Königliches Oberappellationsgericht hob die Entscheidung wieder auf und erkannte:

„Die Entscheidung über die Verpflichtung zur Tragung von Kirchen- und Schullasten gehört als ein die Vermögensrechte der Privatpersonen betreffender Streitgegenstand unzweifelhaft zur Competenz der Civilgerichte, und ist durch das Gesetz vom 14. October 1848 und die Vollzugsverordnung von demselben Datum den Gerichten überall nicht entzogen oder den Verwaltungsbehörden überwiesen.

Auch steht die Verfügung des Königlichen Cultusministerii nicht im Wege, weil durch dieselbe der Beschluß des Kirchen- und Schulvorstandes von Krautsand vom 2. August 1852, welcher dem Beklagten die Verpflichtung auferlegt hatte, zu den Kirchen- und Schullasten der Parochie Krautsand nach dem Maßgabe der directen Steuern beizutragen, aufgehoben, keineswegs aber ausgesprochen ist, daß der Beklagte auch aus keinem andern Rechtsgrunde verpflichtet sei, folgeweis einer in dieser Beziehung abzugebenden Entscheidung nicht präjudicirt, beziehungsweise durch die letztere eine Verwaltungsmaßregel überall nicht getroffen oder modificirt wird.

Digitized by Google

Die behauptete dingliche Beitragspflicht kann zwar weder durch ein allgemein gültiges noch für das Herzogthum Bremen erlassenes Gesetz begründet, auch nicht aus der Natur der Parochial- und Schullasten an sich abgeleitet werden, weil, wenn auch die Vermögensverhältnisse der Parochianen für die Repartition derselben maßgebend sind, und in sofern eine gemischte Eigenschaft jener Lasten anzunehmen sein möchte, dennoch bei der mangelnden Qualität des Beklagten als Parochian der fraglichen Parochie beide Rücksichten nicht in Betracht kommen können. —

Es bedarf daher der behauptete rein dingliche Charakter jener Lasten einer anderen rechtlichen Begründung, welche durch ein Gewohnheitsrecht allerdings hervorgerufen werden kann.

Kläger haben ein solches Gewohnheitsrecht sowohl speciell für die frühere Parochie Krautsand, als auch rücksichtlich des Landes Kehdingen überhaupt behauptet, und ist dasselbe, da es in Abrede genommen worden, zum Beweise zu verstellen, wobei jedoch ein Gewohnheitsrecht, wenn dasselbe für die Insel Krautsand erwiesen werden kann, auch für die Insel Kahlesand wirksam werden muß, weil diese zur Parochie Krautsand gelegt worden und deshalb die für diese früher anwendbar gewesenen Rechtsnormen auch innerhalb des dem Obigen nach vergrößerten Umfanges derselben zur Geltung kommen müssen. Es wird daher den Klägern alternativ ein Beweis dahin auferlegt, daß entweder auf der Insel Krautsand, oder im Lande Kehdingen ein Gewohnheitsrecht bestehe, nach welchem die Verpflichtung zur Tragung der Kirchen- und Schullasten als eine dingliche Last auf den Grundstücken ruhe."

II. Civilsenat. Krautsand c. von Lütken. 24. Juni 1858.

84.

Als eine wirksame causa für den Eigenthumserwerb ist die Sicherung für eine Forderung nicht anzusehen.

Kläger trat als Vindicant im Rücken'schen Concurse auf, indem er das Eigenthumsrecht an 12 Rindern bean-

Digitized by Google

spruchte, welche von ihm an den Cridar verkauft und unter Creditirung des Preises tradirt waren, welche aber nach einer späteren Vereinbarung beider Theile wieder an den Kläger zu Eigenthum zurückübertragen sein sollten, um demselben Sicherheit für seine Forderung zu geben. Der große Senat des Königlichen Obergerichts in Hannover verwarf den Anspruch. Ueber die desfallsige Beschwerde des Klägers erkannte der I. Senat des Königlichen Oberappellationsgerichts in der Berufungs-Instanz wie folgt:

„Unser jetziges Recht kennt das dem älteren Römischen Rechte angehörige Institut der fiducia nicht. Es sichert ebensowenig jeder Uebereinkunft beliebigen Inhalts über Vermögensrechte rechtliche Wirksamkeit zu.

Die einfach dahin gehende Vereinbarung, daß der eine Contrahent Eigenthümer der Sache des anderen Contrahenten sein oder werden solle, cautio indiscreta, kann daher als Titel des Eigenthumserwerbs nicht gelten. Der Zusatz, daß Jener das Eigenthum zur Sicherung einer Forderung haben solle, kann ihm jenen Charakter um so minder geben, da er nur die Wirksamkeit und Dauer des beabsichtigten Eigenthumsüberganges beschränken würde.

Ein Titel für den Eigenthumserwerb kann daher in den Behauptungen des Klägers nicht befunden werden.

Ein solcher ist aber als nöthig für den Eigenthumsübergang zu erachten.

I. Civilsenat. Bockhoff c. Kücken. 29. April 1858.

85.

Interpretation der Verordnung vom 24. October 1822 Nro. 4, die Nichtigkeit der von Minderjährigen eingegangenen Rechtsgeschäfte betreffend.

Die zur Zeit abwesende Beklagte hat sich am 3. März 1855, zu einer Zeit, wo ihr Vater, nach übereinstimmender Angabe beider Theile, noch lebte, wo sie aber bereits verheirathet, gleichwohl, wie dies später in diesem Rechtsstreite erwiesen worden, noch minderjährig war, vor Notar und Zeugen,

Digitized by Google

unter Entsagung ihrer weiblichen Beneficien, wegen eines vom Kläger ihr und ihrem Ehemanne vorgestreckten Capitals von 1300 Thlr. Cour., verzinslich mit 4%, als Selbstschuldnerin verbürgt.

Nachdem über das Vermögen des Ehemanns Concurs ausgebrochen, hat Kläger auf die der Beklagten neuerdings angefallene väterliche Erbschaft wegen seiner Forderung an Capital und rückständigen Zinsen Arrest impetrirt und Klage erhoben, und hat die Beklagte unter Einräumung des vorstehenden Sachverhalts sich lediglich damit vertheidigt, daß sie behauptete, zur Zeit der Verpflichtung minderjährig gewesen zu sein, so daß, mit Rücksicht auf die Vorschrift der authentischen Declaration vom 24. October 1822 sub 4, das fragliche Rechtsgeschäft an völliger Nichtigkeit laborire. Der Kläger hat, indem er die Minderjährigkeit der Beklagten zur betreffenden Zeit bestritten hat, gegen diese Vertheidigung geltend gemacht, daß die authentische Interpretation nur die Rechtsgeschäfte solcher Minderjährigen, welche keinen Vater mehr haben, jedenfalls nur die Rechtsgeschäfte der der väterlichen Gewalt enthobenen Minderjährigen für nichtig erkläre, daß aber die bloße Verheirathung und dadurch hervorgebrachte separirte Oeconomie die Beklagte nicht aus der väterlichen Gewalt gebracht habe und zwar um so weniger, als sie sich noch später der Unterstützungen ihres Vaters zu erfreuen gehabt habe; so wie daß die Beklagte dadurch, daß sie bei Eingehung des fraglichen Rechtsgeschäfts erklärt habe, wie sie dispositionsfähig sei, ihn wegen ihres minderjährigen Alters getäuscht und sich folgeweise des Rechts, sich auf ihre Minderjährigkeit zu berufen, beraubt habe.

Des Obergerichts zu Hannover Großer Senat hat in seinem Urtheile vom 21. December 1857 die vorstehenden zur Widerlegung des Einwands der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Minderjährigkeit der Beklagten vom Kläger hervorgehobenen Gesichtspuncte für fehlsam, den Einwand aber für begründet erkannt und der Beklagten zum Beweise verstellt, und hat, nachdem dieselbe ihr minderjähriges Alter zur be-

Digitized by Google

treffenden Zeit erwiesen, am 8. März 1858 den Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Kosten zurückgewiesen.

Dawider hat der Kläger zeitig die Berufung verfolgt, und in einer principalen Beschwerde, wesentlich unter den in erster Instanz geltend gemachten Gesichtspuncten, Verwerfung des aus dem minderjährigen Alter entnommenen Einwandes und Verurtheilung der Beklagten **refusis expensis**, in einer eventuellen Beschwerde aber doch mindestens den Ausspruch der Kostencompensation beantragt, weil er erst durch den Proceß von der Minderjährigkeit habe Kenntniß bekommen können. Letzteres wurde von der Beklagten geläugnet, eventuell aber behauptet und **adhaerendo** gebeten, sie mit einem desfallsigen Beweise zuzulassen, daß der Kläger schon beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts **quaest.**, jedenfalls bei Anstellung der Klage von ihrer damaligen Minderjährigkeit Kenntniß gehabt habe. Kläger läugnete dieses.

In Erwägung,

daß zwar nicht bezweifelt werden mag, daß die Beklagte in Folge ihrer Verheirathung zur Zeit des fragl. Contractsabschlusses nicht mehr der Gewalt ihres damals noch lebenden Vaters unterworfen war, mochte derselbe ihr auch immerhin noch Unterstützungen zufließen lassen, daß auch in der Aeußerung der Beklagten über ihre Dispositionsfähigkeit bei Aufnahme des Contracts keine dolose Täuschung des Klägers anzutreffen ist;

in Erwägung jedoch,

daß schon nach dem ganzen Zwecke der Vorschrift Nro. 4 der Verordnung vom 24. October 1822 zu vermuthen steht, daß damit nicht etwa eine neue, von dem unbestritten bestehenden Rechte abweichende, gesetzliche Bestimmung habe geschaffen, sondern nur wirklich vorhandene Zweifel in der damals bestehenden Gesetzgebung durch authentische Declaration haben beseitigt werden sollen, hierbei insbesondere aber auch, mit Rücksicht auf die der Bestimmung der Nro. 4 cit. im 3. **alinea** hinzugefügten Motive, angenommmen werden

Digitized by Google

muß, daß der Gesetzgeber hier gerade den, allerdings damals vorhandenen Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit von Rechtsgeschäften solcher Minderjährigen hat aufheben wollen, welche einen Curator nach bestehenden Rechten haben mußten, denselben aber nicht hatten, daß dem Gesetzgeber aber keineswegs die Absicht beigewohnt habe, eine gleiche Bestimmung hinsichtlich derjenigen außer der väterlichen Gewalt stehenden Minderjährigen zu treffen, deren Vater noch am Leben ist und für welche, weil sie stets noch des väterlichen Schutzes theilhaftig werden können, weder das römische Recht, noch die Reichs-, noch die Landesgesetze die Beiordnung eines Curators angeordnet haben, in Beziehung auf deren Rechtsgeschäfte daher auch bis dahin die volle Gültigkeit überall nicht angefochten wurde;

unter diesen Umständen aber der, den bloßen Worten nach allerdings anscheinend weiter gehenden Vorschrift der fragl. authentischen Declaration eine Anwendbarkeit auf Fälle der unterliegenden Art nicht zugestanden werden kann, wie denn ja auch seit Erlaß der Verordnung den Minderjährigen, die zwar nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stehen, deren Vater aber noch am Leben ist, durchweg Curatoren ohne Weiteres nicht bestellt zu werden pflegen, da man allgemein die Rechtsgeschäfte dieser Minderjährigen nach wie vor, auch wenn sie ohne Beistand eines Curators abgeschlossen wurden, als gültig ansieht, eine Auffassung, die auch mehrfach in den Erkenntnissen des höchsten Landesgerichts aus früherer und neuerer Zeit ihre Bestätigung gefunden hat;

sonach aber die Beklagte sich mit Erfolg nicht auf ihre damalige Minderjährigkeit beziehen konnte, um sich ihrer Verbindlichkeit aus dem im Uebrigen die Klage begründenden Bürgschaftscontracte zu entziehen;

wird

der principalen Beschwerde des Klägers Statt gegeben, und, unter Beseitigung der Urtheile des großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Hannover vom 21. December v. J. und vom 8. März d. J., nunmehr der auf ihre

Digitized by Google

Minderjährigkeit gestützte Einwand der Beklagten zurückgewiesen, und die Letztere vielmehr schuldig verurtheilt ꝛc.

I. Civilsenat. Egestorf c. Duensing. 13. Juli 1858.

86.

Zu §§ 577, 423, 431, Nro. 1, 8, 9 der B. P.-O.: Bedeutung von Proceßgericht nach § 577 der B. P.-O.

Ein Proceß wegen eines Weges war in erster Instanz bei dem Amtsgerichte Dorum anhängig gemacht und in der Berufungsinstanz vor dem kleinen Senate des Obergerichts Lehe nach Durchführung einer Beweisinstanz mit Verurtheilung des Beklagten beendigt.

Als der Beklagte dennoch den streitig gewesenen Weg benutzte, wurde auf Antrag der Kläger das verurtheilende Erkenntniß des Berufungsgerichts von dem Secretariate mit der Vollstreckbarkeitsclausel versehen und auf Grund der letzteren von dem Gerichtsvogte ein Vollziehungsgebot erlassen.

Beklagter beantragte bei dem kleinen Senate des Obergerichts Lehe Sistirung der Zwangsvollstreckung, indem er, gestützt auf eine producirte Verfügung des Königl. Ministerii des Innern, behauptete, daß nach Erlaß des verurtheilenden Erkenntnisses der fragliche Weg dem allgemeinen Gebrauche freigestellt, folgeweis der klägerische Anspruch getilgt sei.

Kläger opponirten verschiedene formelle und materielle Einwendungen. Daß der kleine Senat des Obergerichts Lehe als Berufungsgericht nach § 577 der B. P.-O. unzuständig sei, über die vorliegenden Streitigkeiten der Zwangsvollstreckungsinstanz zu entscheiden, wurde nicht behauptet.

Das Gericht erkannte den Antrag des Beklagten für begründet und den klägerischen Anspruch als getilgt, indem die Competenz des Gerichtes, als Berufungsgericht hier sofort zu entscheiden, ausdrücklich hervorgehoben wurde.

Gegen dieses Urtheil verfolgten Kläger die Berufung an den großen Senat des Obergerichts Verden und beantragten, die Entscheidung des kleinen Senats Königl. Obergerichts Lehe aufzuheben, weil derselbe unzulässiger Weise seine Competenz

Digitized by Google

als begründet angenommen habe, da nur das Amtsgericht Dorum competent gewesen sei, in erster Instanz die Entscheidung abzugeben.

Von dem Beklagten wurde dagegen die Unzulässigkeit der jetzt erhobenen Berufung behauptet, weil der kleine Senat des Obergerichts Lehe ausdrücklich und mit Recht erkannt habe, daß er als Berufungsgericht sich für zuständig halte, die Entscheidung über einen Streit abzugeben, welcher in der Vollstreckung eines von ihm erlassenen Berufungsurtheils seinen Grund habe.

Der große Senat des Obergerichts Verden erkannte die erhobene Berufung für zulässig und begründet, weil der Umstand, daß das Obergericht Lehe in seinen Entscheidungsgründen irriger Weise seine Competenz als Berufungsgericht für begründet gehalten, nicht geeignet sei, den Schluß zu rechtfertigen, daß das Gericht als Berufungsgericht wirklich geurtheilt habe und weil die Zuständigkeit des Obergerichts Lehe, in dem vorliegenden Streitpuncte die erste Entscheidung abzugeben, nach § 577 der B. P.-O. nicht anzunehmen sei.

Wider diese Entscheidung erhob der Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde an den Civil-Cassationssenat des Königlichen Oberappellationsgerichts und stützte dieselbe auf § 431 Nro 1, 431 Nro. 9 und 431 Nro. 8 der B. P.-O.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde mit folgenden Entscheidungsgründen verworfen:

„In Erwägung, daß, wäre auch, wie nicht der Fall, einem zur Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten berufenen Gerichte dann, wenn es in einem solchen Rechtsstreite auf eine an dasselbe gebrachte Berufung unzuständiger Weise erkannt hat, der Vorwurf zu machen, die Grenzen der ihm zugewiesenen durch das Object bestimmten Gattung der Gerichtsbarkeit überschritten zu haben, und wäre auch, wie ebensowenig der Fall, dem im Instanzenzuge ein rechtskräftiges Urtheil beseitigenden Berufungsgerichte der Vorwurf zu machen, wider jenes außer Wirksamkeit von ihm

Digitized by Google

gesetztes Urtheil angestoßen zu haben, dennoch der große Senat des Königlichen Obergerichts Verden bei Abfassung seines Berufungsurtheils vom 15. Decbr. 1857 von keinem jener Vorwürfe betroffen sein kann, weil der kleine Senat des Königlichen Obergerichts Lehe für den an denselben gebrachten Antrag des Beklagten auf Sistirung der Zwangsvollstreckung nicht als Berufungsgericht, sondern allein wegen materieller Connexität als Gericht erster Instanz nach § 13 der B. P.-O. als zuständig gedacht, mithin bei Abfassung seines Urtheils vom 24. Octbr. 1857 weder als rechtskräftig aburtheilend, noch hinsichtlich jener Entscheidung als der Berufungs-Competenz des großen Senats des Königlichen Obergerichts Verden entzogen betrachtet werden kann;

in fernerer Erwägung, daß nach Ausweis des unangefochtenen Thatbestandes des Urtheils des Königlichen Obergerichts Verden vom 15. December 1857 die Kläger den Ausspruch, „daß der kleine Senat des Königl. Obergerichts Lehe unzuständig sei", ausdrücklich beantragt haben, folglich das Urtheil vom 15. December dem Vorwurfe, über den Antrag der Partei hinaus eine Unzuständigkeitserklärung ausgesprochen zu haben, nicht unterliegt, mag immerhin solche Unzuständigkeit zuvor bei dem kleinen Senate des Königlichen Obergerichts Lehe nicht gerügt sein,

wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen ꝛc."

Civil-Cassationssenat. Rey c. Allers. 3. Juli 1858.

87.

Zu § 253 der B. P.-O.

Kläger hatte seinen eigenen Sachführer zum Zeugen vorgeschlagen.

Das Proceßgericht verwarf denselben nach § 253 Nro. 4 der B. P.-O.

Königliches Oberappellationsgericht hob diese Entscheidung wieder auf, „weil Nro. 4 des § 253 nach dem ganzen Zusammenhange und der Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung, insbesondere unter Vergleichung der entspre-

Digitized by Google

chenden Bestimmung des zurückgezogenen Proceßgesetzes von 1847 nur von dem Falle spricht, wo wider den Willen des Produkten dessen Rechsbeistand ꝛc. vom Gegentheile zum Zeugen vorgeschlagen worden, im Uebrigen aber der bloße Rechtsbeistand nicht als Theilnehmer an der Parteirolle anzusehen ist, aus diesem Grunde daher ebensowenig als unzulässiger Zeuge sich darstellt, wie denn auch die Proceßordnung im § 254 sub 5 das Zeugniß der Personen dieser Art für ein blos verdächtiges erklärt."

I. Civilsenat. Gebert c. Tanke. 20. Mai 1858.

88.

Behändigung der Berufungsanträge bei Streitgenossenschaften.

(cfr. Entscheidungen 1856 — 1857 Nro. 35.)

Die Beklagten, welche sich selbst als Streitgenossen bezeichneten, hatten in erster Instanz zwei Proceßbevollmächtigte gewählt. An diese waren die Berufungsanträge zeitig behändigt.

Der Einwand, daß nach § 406 der B. P.-O. gültig nur an sämmtliche Streitgenossen hätte behändigt werden können, wurde verworfen, „weil die von den Beklagten erwählten Bevollmächtigten als deren Proceßvertreter erscheinen, denen nach §§ 406, 33 und 121 der B. P.-O. die Berufungsanträge, wie geschehen, zu behändigen waren."

II. Civilsenat. Hottendorf c. Oster-Ilienworth. 8. September 1858.

89.

Mangel der Bevollmächtigung als Nichtigkeitsgrund nach § 431 der B. P.-O. Nro. 3. — Beweislast.

Der Querulant Gropengießer hatte eine Wechselklage beim Königlichen Amtsgerichte Stolzenau gegen den Querulaten Haft erhoben, mit welcher er abgewiesen war.

Beim kleinen Senate des Königlichen Obergerichts zu

Digitized by Google

Nienburg war durch einen dortigen Obergerichtsanwalt Berufung gegen das amtsgerichtliche Urtheil im Namen des Querulanten erhoben, und darauf ein rejectorisches, den Querulanten in die Kosten der Berufungsinstanz condemnirendes Urtheil erlassen.

Querulant erhob hiergegen die Nichtigkeitsbeschwerde an den Civil-Cassationssenat des Königlichen Oberappellationsgerichts, indem er behauptete, daß der in seinem Namen beim Obergerichte aufgetretene Anwalt von ihm keinen Auftrag gehabt, sondern durch einen nicht legitimirten Dritten im angeblichen Auftrage des Querulanten zum Auftreten bewogen sei. Hieraus wurde der im § 431 der B. P.-O. sub 3 aufgestellte Nichtigkeitsgrund hergeleitet. Der Querulat bestritt die Anwendbarkeit der fragl. Gesetzesvorschrift und behauptete, daß der Anwalt beim Obergerichte wirklich einen vom Querulanten ausgegangenen Auftrag gehabt habe.

Der Cassationssenat entschied:

In Erwägung nun, den ersten querulatischen Einwand betreffend, die Nro. 3 des § 431 der B. P.-O. gegen alle Erkenntnisse Schutz gewährt, welche auf Grund eines contradictorischen Verfahrens, jedoch ohne irgend welche Thätigkeit derjenigen, gegen welche sie ergangen, abgegeben werden, indem in solchen Fällen angenommen werden muß, daß der betreffende Rechtsstreit in soweit zwischen dritten Personen verhandelt worden ist;

in Erwägung, daß dieser Fall vorliegen würde, wenn der Querulant in keiner Weise den Obergerichtsanwalt N. N. mit Erhebung und Fortführung der Berufung beauftragt gehabt hätte, indem von einer unmittelbaren Theilnahme des Querulanten an der Verhandlung der Berufung nirgend die Rede ist;

in Erwägung, daß die von dem Querulanten in Bezug genommenen Acten mit Bestimmtheit ergeben, daß der N. N. ohne Beibringung der vorschriftsmäßigen Vollmacht die Berufung erhoben und fortgeführt und auch später eine solche nicht eingeliefert hat, damit aber der Nichtigkeitsgrund hin-

Digitized by Google

länglich nachgewiesen und dem Querulaten nur noch der Beweis seines Einwandes, daß überhaupt eine Beauftragung Statt gefunden habe, nachzulassen ist; ꝛc. ꝛc.

wird, unter Verwerfung des der Nichtigkeitsbeschwerde entgegengesetzten ersten und zweiten Einwandes, dem Querulaten, unter Vorbehalt des dem Querulanten zustehenden Gegenbeweises, der im Termine vom 2. October anzutretende Beweis auferlegt:

daß der Querulant dem Obergerichtsanwalt N. N. zur Fortsetzung seines gegen den Buchbinder F. Haft zu Stolzenau, wegen Wechselforderung, bei dem Amtsgerichte Stolzenau am 1. Octbr. 1857 anhängig gemachten Rechtsstreits in der Berufungsinstanz Auftrag gegeben habe.

Im Falle der Führung dieses Beweises wird die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, unter Verurtheilung des Querulanten in alle dadurch veranlaßten Kosten, verworfen, im entgegengesetzten Falle dagegen derselben dahin Statt gegeben werden:

daß das Urtheil des kleinen Senats des Königl. Obergerichts zu Nienburg vom 21. Januar d. J., unter Verurtheilung des Querulaten in die Kosten dieser Instanz, zu vernichten sei.

Civil-Cassationssenat. Gropengießer c. Haft. 10. Juli 1858.

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Tribunals zu Celle,

mitgetheilt

von den Anwälten

Wöltje, Wolde, Gerding, Renter, Raven, Haarmann, Himstedt, Naumann, Evers, Meyersburg.

Vierter Jahrgang.

1858—1859.

Hannover.

Helwing'sche Hofbuchhandlung.

1860.

Digitized by Google

Notiz.

Die Entscheidungen erscheinen jährlich in einzelnen Nummern, oder als ganzer Jahrgang, und werden regelmäßig 50 — 100 Entscheidungen mitgetheilt.

Der Ertrag für diesen Jahrgang ist für die Advocaten-Wittwen-Casse in Celle bestimmt und ist zum Vortheile derselben die bisherige Gratis-Vertheilung einzelner Exemplare völlig eingestellt.

Celle, im Juli 1859.

Die Redaction.

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Entscheidungen 1858—1859.

I. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

1. Herkommen, Ersitzung, unvordenkliche Verjährung als Entstehungsgrund von Parochial-Lasten. — Unvordenkliche Verjährung als Erwerbsgrund gegen eine Gesammtheit.
2. Schäfereigerechtigkeit. Entstehung derselben durch Ersitzung. — Herkommen.
3. Gewohnheitsrecht. Beweislast und Gleichförmigkeit der Handlungen. — Anerbenrecht bei freien Höfen in Osnabrück.
4. Gewohnheitsrecht und Verjährung als Quelle subjectiver Rechte. Verjährung von Stolgebühren.
5. Einwand der Simulation. — Substantiirung.
6. Zu §. 31 der Notariatsordnung. (Testamentserrichtung schreibunfähiger Personen in Ostfriesland.)
7. Zu §. 33 der Notariatsordnung.
   Bezeugung der Abwesenheit von Mängeln bei den zugezogenen Personen.
8. Befugniß von Gemeindemitgliedern, die der Gemeinde zustehenden Privatrechte klagend geltend zu machen.

B. Sachenrecht.

9. Der Eigenthümer des Haupthofes hat eine dingliche Klage gegen die Besitzer der dazu gehörenden Gemeinheitstheile.
10. Vindikation von Inhaberpapieren ist zulässig.

Digitized by Google

11. Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes einer Weidegerechtigkeit. Wirkung der Rechtskraft im Besitzprocesse.
11 a. (cfr. Nr. 1). Entstehung der Schäfereigerechtigkeit durch Ersitzung ꝛc.
12. Person des Beklagten bei der actio negatoria. — Servitutenersitzung.
13. Servitutenersitzung gegen den Fiscus.
14. Datirung einer Hypothek bei fortlaufendem Credite.
15. Den Kindern, welche die dos ihrer geschiedenen Mutter einklagen, steht eine privilegirte Hypothek nicht zu.
16. Lex 13 D. fin. reg. 10. 1. ist unanwendbar auf Grundstücke, welche sich lediglich als accessorische Bestandtheile der Wohngebäude darstellen.

C. Obligationenrecht.

17. Nach dem Gesetze vom 16. December 1843 genügt es, daß die Contrahenten ihre Unterschriften unter dem Vertrage vor Gericht oder vor Notar und Zeugen anerkennen.
18. Zu §. 3 des Gesetzes vom 16. December 1843. — Anerkennung im Verlaufe processualischer Verhandlungen genügt.
19. Die Verordnung vom 6. October 1712 über die Anmeldung der Veräußerung bürgerlicher Grundstücke afficirt nicht die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages.
20. Leibzucht als Theil eines Kaufcontractes fällt nicht unter die Bestimmungen der Gesetze vom 23. Juli 1833 und vom 23. Juni 1857.
21. Einrede der Compensation dem Cessionar gegenüber.
22. Fortbestand der Verpflichtung zu fortlaufenden Leistungen, wenn die bedungenen Gegenleistungen nicht prästirt werden können.
23. Haftung des Mandanten, wenn der Mandatar geheime Einschränkungen seiner Vollmacht unbeachtet läßt.
24. Die Synagogengemeinden sind juristische Personen. Haftung der letzteren aus den für sie abgeschlossenen Geschäften.
25. Haftung des Staates für veruntreute Depositengelder findet nicht statt.
26. Negotiorum gestio. — Beweislast bei dem animus repetendi. Einreden aus der Person des Cedenten gegen den Cessionar.
27. Einrede der mangelnden Legitimation gegen einen gericht-

Digitized by Google

lich bestellten Curator. — Rückforderung der dos während der Ehe. — Beneficium competentiae.

28. Anwendbarkeit der novella 134 cap. 8, wenn die Ehefrau neben dem Manne sich als Selbstschuldnerin verpflichtet.
29. Verpflichtung des Gläubigers zur Löschung einer Hypothek.
30. Unzulässigkeit der actio communi dividundo zwischen einzelnen von mehreren Miteigenthümern.
31. Grundsätze des interdictum quod vi aut clam.
32. Eine im Kegelspiele contrahirte Schuld ist nicht klagbar.
33. Zu Art. 99 der deutschen Wechselordnung.
34. Bei eigenen nicht domicilirten Wechseln ist die Präsentation nicht erforderlich.
35. Unzulässigkeit der Klagen aus Wechseln im ordentlichen Processe.
36. Mündlicher Auftrag und Genehmigung nach Preußischem Landrechte. — Commissions-Handel. — Verbesserung der Klage.

36a. cfr. 10. Rechtliche Natur der Inhaberpapiere.

D. Familienrecht.

37. Fortdauer der Dotalprivilegien gegen den Ehemann, welcher die dos als adventitium seiner Kinder verwaltet.
38. Alimentationspflicht nach geschiedener Ehe.
39. Auch in der allgemeinen Gütergemeinschaft hat die Frau personam standi in judicio.
40. Nothwendigkeit der gerichtlichen Verkündigung für die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft und die Constituirung eines Sonderguts (Hildesheim).
41. Berechnung des Antheils, welchen Kinder erster Ehe von den an den zweiten Ehegatten gemachten Schenkungen verlangen können.

41a. cfr. Nr. 15. Rückforderung der dos während Bestehens der Ehe. cfr. Nr. 27.

E. Erbrecht.

42. Recht der Notherben auf die Quart neben dem Pflichttheile einem Singularfideicommissar gegenüber.
43. Zulässigkeit der Erbtheilungsklage einzelnen Miterben gegenüber.

Digitized by Google

44. Erbtheilungsklage ist auch ohne das Vorhandensein gemeinschaftlicher körperlicher Sachen zulässig.

44a. cfr. Nr. 6. Form der notariellen Testamente nach Preuß. Landrechte u. §. 33 der Notariatsordnung.

F. Besondere deutschrechtliche und provinzielle Verhältnisse.

a. Entstehung von Parochiallasten. cfr. Nr. 1.

b. Schäfereigerechtigkeit. cfr. Nr. 2.

c. Anerbenrecht im Fürstenthume Osnabrück. cfr. Nr. 3.

45. Rechtliche Natur der außerordentlichen Deichlast.

46. Bei der Pfanddeichung kann die Errichtung von Stackwerken zur außerordentlichen Deichlast gehören.

47. Zu §. 32 der Lüneburgischen Deichordnung vom 6. September 1664.

48. Die Fischerei ist kein Regal. Sie geht durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren.

49. Rechtsfähigkeit der unehelichen Kinder hinsichtlich der Beerbung in Bauergüter.

50. Anerbenrecht und Abfindung. — Bentheim.

51. Untheilbarkeit der Bauerhöfe in Grubenhagen.

52. Zu Th. I. Tit. 16 §. 143 des allgem. Preuß. Landrechts.

53. Dingung der Auffahrt. — Lingen.

54. Beweislast in Betreff der Freiheit und Eigenbehörigkeit der Höfe. — Lingen.

55. Rechte mehrerer Miterben am Meiergute. — Wirkung letztwilliger Verfügungen über das Meiergut. — Calenberg.

56. Die Geltendmachung des Anerbenrechts kann erfolgen, sobald der bisherige Meier sich der Herrschaft abthut.

Dieselbe ist nicht abhängig von der Präsentation eines fähigen Meiersmanns.

Verurtheilung in Arbeitshausstrafe ist kein Ausschließungsgrund.

57. Wirkungen eines Verzichts des Anerben nach Eröffnung der meierrechtlichen Succession.

58. Das Aßlrecht der Abfindlinge ist nicht anwendbar auf freie Bauerhöfe und auf Anbauerstellen. — Lüneburg.

59. Klage des Anerben, wenn der Meier sich freiwillig der Herrschaft abthut.

60. Klage auf Herausgabe der Meierstelle gegen den Meier und dessen Ehefrau zulässig.

Digitized by Google

61. Rechte des aufgeheiratheten Meiers und seiner Descendenz. — Hofübergabe durch verschleierte Kaufgeschäfte.
62. Rechte der Meierswittwe am Hofe. — Verlust durch Ehebruch. — Erbrecht der armen Wittwe nicht anwendbar.
63. Folgen der Aufhebung der persönlichen Eigenbehörigkeit für das Colonat ꝛc. — Osnabrück.
64. Vorzug des männlichen Geschlechts bei der Collateralerbfolge in Meiergüter. — Hoya.
65. Die Klage auf Festsetzung und Entrichtung des Altentheils muß gegen den Interimswirth gerichtet werden. — Klage auf Altentheilsprästanda aus der Vorzeit.
66. Anwendbarkeit des römischen Dotalrechts auf Brinksitzerstellen. — Hildesheim.
67. Die Regel „Längst Leib Längst Gut" gilt in der ganzen Grafschaft Hoya.
68. Kirchenbaulast im Fürstenthume Lüneburg.
69. Zu Cap. III. der Bremischen Polizeiordnung.
70. In den Kirchspielen Scheeßel, Stemmen und Schneverdingen gilt zu Gunsten des ältesten Sohnes das strenge Anerbenrecht bei Meiergütern. — Bremen-Verden.

II. Proceß.

71. Beweislast bei Impensenforderungen.
72. Der Einwand mangelnder Insinuation von Schenkungen. — Umfang; ist als Replik unzulässig.
73. Zuständigkeit des Gerichts bei Scheidung einer gemischten Ehe.
73a. Nr. 34. Klagenverbesserung.
74. Subjektive Klagenhäufung. §. 34 der B. P.-O.
75. Einrede der Litispendenz aus der Anmeldung im Concurse hergeleitet.
76. Kosten der Assistenz eines Advokaten neben dem Anwalte bei den höheren Gerichten. — Bedeutung des §. 50 der B. P.-O.
77. Behändigung der Berufungsanträge an einen von mehreren Vormündern ist wirksam.
78. Zu §. 140 u. §. 141 der B. P.-O.
79. Zu §. 242 der B. P.-O.
Nachträgliches Vorbringen von Beweismitteln.
80. Eidesleistung für das Finanzministerium. §. 286 der B. P.-O.
81. Eidesdelation über die Qualität von Wein ist zulässig. Der

Digitized by Google

Delat muß, da er ein Weinhändler ist, de veritate schwören. §. 278, 292 der B. P.-O.

82. Neue Ansprüche in der Berufungsinstanz.
83. Zu §. 301 u. 432 der B. P.-O.
84. Die unrichtige richterliche Interpretation eines rechtskräftigen Urtheils bildet keinen Nichtigkeitsgrund. §. 431 Nr. 9 cfr. 1855—1856 Nr. 15.
85. Bei der Zwangsvollstreckung im Auslande ist der Erlaß eines Zahlungsgebotes nicht erforderlich.
86. Erzwingbarkeit der Nachlaßverträge in Insolvenzfällen lebender Schuldner. — Lippe-Detmold.
87. Verfahren auf Ausbleiben nach Vervollständigung der Beweise in der Berufungsinstanz. §. 239 u. 428 der B. P.-O.
88. Vindikationsbefugniß des Concurscurators bei verpfändeten Obligationen.
89. Der Concurscurator ist nicht berechtigt, eine Hypothekbestellung mit der actio pauliana anzufechten.
90. Zu §§. 346 und 394 der B. P.-O.

Digitized by Google

1.

Herkommen, Ersitzung, unvordenkliche Verjährung als Entstehungsgrund von Parochial-Lasten. — Unvordenkliche Verjährung als Erwerbsgrund gegen eine Gesammtheit.

cfr. 1855—1856 Nr. 34 und 35.

Der Kirchenvorstand zu Harburg hatte gegen eine Anzahl von Eingesessenen der Kirchengemeinde Rückstände einer unter dem Namen Quartalopfer geltend gemachten vierteljährlichen Abgabe, welche, unabhängig von der in der Lüneburgischen Kirchen-Ordnung erwähnten Abgabe, durch Herkommen, Gewohnheit und unvordenkliche Verjährung, auch 10-, 20- und 30jährige Ersitzung entstanden sein sollte, eingeklagt. Das Recht war von den Beklagten bestritten. Der Große Senat des Königlichen Obergerichts zu Lüneburg hatte das herkömmliche Bestehen des fraglichen Rechts dem Kläger zum Beweise verstellt.

Im Wege der Berufung beschwerten die Beklagten sich über den Nachlaß jenes Beweises. Der Kläger beschwerte sich adhaerendo, daß nicht auch ein Beweis der Ersitzung und der unvordenklichen Verjährung nachgelassen sei, und führte u. A. aus, wie der letzte Beweis ohne das Requisit einer Ausübung abseiten jedes Einzelnen der Beklagten, sondern auf Grund einer Ausübung abseiten der Gesammtheit nachzulassen sei.

Das Berufungsgericht erkannte:

In Erwägung, daß wenn Kläger in seiner Klagbegründung dem Anspruche auf Zahluug der fraglichen Abgabe zwar

Digitized by Google

auf ein durch Gewohnheit entstandenes Recht mit unterlegt, dieser Entstehungsgrund aber für das vorliegende Verhältniß überall nicht zutrifft, und daher mit Recht nicht zum Beweise verstellt ist, — dagegen ein Herkommen in Beziehung auf die Entrichtung einer Pfarrabgabe im Kreise einer Pfarrgemeinde mit verbindender Kraft für alle Mitglieder derselben sich sehr wohl bilden kann, und den Gesetzen zufolge anerkannt und geschützt werden soll, und wenn schon aus diesem Grunde der Beweis des behaupteten Herkommens dem Kläger nicht versagt werden kann, es nicht weiter darauf ankommt, ob dieses Herkommen etwa auch als Ausfluß autonomischer Bestimmungen der Pfarrgemeinde aufrecht zu erhalten, und ob in dieser Hinsicht klägerischerseits schon in erster Instanz die erforderlichen Behauptungen in genügender Weise aufgestellt sein, — die gegen das Interlocut gerichtete Beschwerde der Beklagten sich daher als unerfindlich darstellt.

Sodann ꝛc.

In Erwägung sodann, daß die römischrechtliche Servituten-Verjährung von 10 und 20 Jahren bei Leistungen, wie sie in Frage stehen, überall nicht Platz greift, und daß ein 30jähriger Zeitablauf für sich allein ebensowenig genügt, den Anspruch auf Forterhebung einer jährlich wiederkehrenden Abgabe zu begründen;

In Erwägung sodann, daß, wenn zwar Parochial-Lasten sehr wohl auf unvordenkliche Verjährung sich stützen können, es auch keineswegs bei derselben des Nachweises der Ausübung jedem Einzelnen der Beklagten gegenüber bedürfen würde, da vielmehr vermöge des alle Gemeindegenossen umschließenden gemeinsamen Bandes die Einzelnen durch ihre Mitgliedschaft den Pflichten der Gesammtheit von selbst unterworfen sind, — nachdem jedoch der Beweis der unvordenklichen Verjährung, namentlich wegen der erforderlichen Mitberücksichtigung eines zur Zeit der Vorfahren, so viel bekannt, nicht bestanden habenden entgegengesetzten Zustandes an schwerere Voraussetzungen geknüpft ist, als der des Herkommens, so-

Digitized by Google

nach nicht abzusehen ist, insofern es dem Kläger zur Beschwerde gereichen könnte, daß ihm nicht neben dem Beweise des Herkommens auch der der unvordenklichen Verjährung nachgelassen worden, und deshalb auch die zweite Anschließungs-Beschwerde zu verwerfen ist;

II. Senat. Völker c. Kirchenvorstand in Harburg. 5. October 1858.

2.

Schäfereigerechtigkeit. — Entstehung derselben durch Ersitzung. — Gewohnheitsrecht.

Der Graf von Hardenberg machte eine ausschließliche Schäfereigerechtigkeit in dem Bezirke des ehemaligen Gerichts Hardenberg geltend, und stützte dieselbe auf die verschiedenen Arten der Ersitzung sowie auf unvordenkliche Verjährung. Die Exclusivität des Rechts wollte er principaliter aus dem Begriffe desselben, eventuell aus einem innerhalb des ehemaligen Gerichts Hardenberg oder doch des Fürstenthums Göttingen geltenden Gewohnheitsrechte des Inhalts, daß die Schäfereiberechtigung der Besitzer von landtagsfähigen Gütern eine exclusive sei, in Verbindung mit der Thatsache, daß er selbst Besitzer des landtagsfähigen Gutes Hardenberg sei, ableiten.

Beklagtischerseits bestritt man die Klage in allen wesentlichen Punkten.

Der Große Senat des Königlichen Obergerichts zu Göttingen verwarf die Klage in angebrachter Maße.

Der I. Civil-Senat des Königlichen Ober-Appellationsgerichts aber ließ in der Berufungs-Instanz die Klage zu und sprach Folgendes über die einzelnen Streitpunkte aus.

In Erwägung,

1. daß die hier in Frage stehende Gerechtigkeit als eine, nach deutschem Rechte zulässige, auf dem gesammten Complexe der zu der Feldmark der beklagtischen Gemeinde gehörenden Grundstücke lastende Berechtigung, diese Feldmark

Digitized by Google

mit Schafen zu beweiden und zu behüten, aufzufassen ist; und aus dem Begriffe einer solchen Schäfereigerechtigkeit an sich keineswegs die Befugniß zu folgern ist, die Gemeinde von selbstständiger Behütung mit Schafen auszuschließen; auch

2. die Behauptung eines Gewohnheitsrechts, nach welchem jene ausschließliche Befugniß zum Vortheile von landtagsfähigen Gütern im Bezirke des vormaligen Gerichts Hardenberg Geltung haben soll, mit Recht vom Gerichte erster Instanz für unerheblich erachtet ist, weil, bei dem unbestrittenen Nichtvorhandensein anderer landtagsfähiger Güter außer dem des Klägers in dem gedachten Bezirke, in dem behaupteten Gewohnheitsrechte nur ein subjectives Recht zu erblicken sein würde, welches aber durch Rechtsgewohnheit nicht entstehen kann; dagegen aber

3. ein im Fürstenthume Göttingen bestehendes Gewohnheitsrecht, nach welchem entweder alle zur Behütung und Beweidung einer fremden Feldmark mit Schafen Berechtigte, oder doch die zur Ausübung dieser Behütung und Beweidung vermöge Besitzes eines landtagsfähigen Gutes Berechtigten in der Regel befugt seien, die Eigenthümer der, in der jenem Rechte unterworfenen Feldmark belegenen, Grundstücke von der Behütung derselben mit Schafen in eigener Heerde und unter besonderem Hirten auszuschließen, eine auf Verletzung dieser Befugniß gegründete Klage zu rechtfertigen wohl geeignet sein würde; daß aber jener Rechtssatz durch Rechtsgewohnheit im Fürstenthume Göttingen *nicht* Geltung gewonnen habe, nicht von vornherein anzunehmen und daher dem Kläger der Beweis seiner Behauptung annoch nachzulassen ist;

in fernerer Erwägung,

4. daß zwar auf Berechtigungen der hier fraglichen Art, bei welchen nicht die einzelnen Grundstücke, sondern der Complex der Grundstücke, deren Eigenthümer zu einer Gemeinde sich vereinigt finden, als dienend anzusehen ist, die ordentliche Ersitzung des römischen Rechts nicht anwendbar zu halten, und wenn auch 30jährige außerordentliche Verjährung für zur Er-

Digitized by Google

werbung des ausschließlichen Rechts hinreichend angesehen werden könnte, ein Beweis dennoch dieserhalb dem Kläger nicht nachzulassen ist, weil von ihm Thatsachen nicht angegeben sind, welche eine actio negatoria der Gemeinde als schon vor 30 Jahren nata erkennen ließen; dagegen jedoch

5. die Erfordernisse eines unvordenklichen Zustandes für mit genügender Deutlichkeit von dem Kläger behauptet zu erachten sind, indem dazu nur die Uebung unter erkennbar gewordener Absicht der Ausschließung selbstständiger Hütung der Gemeinde gehört, und insbesondere die Meinung, daß dem Ausübenden das Recht zu dieser Ausschließung erworben sei, nicht zu den Erfordernissen zu zählen ist. ꝛc.

I. Senat. Von Hardenberg c. Hillerse. 8. December 1858.

3.

Beweislast, Gleichförmigkeit der Handlungen beim Gewohnheitsrecht. Anerbenrecht bei freien Höfen im Kirchspiele Ankum (Osnabrück).

Der Kläger verlangte Herausgabe der freien Schuhmachers-Stätte in Bockel, Kirchspiels Ankum, sich darauf stützend, daß im Osnabrückschen nach dem Herkommen bei freien Höfen der älteste Sohn erbe, und daß er der älteste, der Beklagte dagegen der jüngste Sohn sei. Der Beklagte behauptete, daß im Kirchspiele Ankum nach Gewohnheitsrecht der jüngste Sohn auf freien Stätten der Anerbe sei. Das Gericht legte dem Beklagten den Beweis dieses Gewohnheitsrechts auf, weil nach dem Herkommen im Fürstenthume Osnabrück regelmäßig der älteste Sohn der Anerbe sei und derjenige, welcher sich auf eine Ausnahme berufe, sie zu erweisen habe. In der Berufungs-Instanz wurde vom Beklagten Beschwerde erhoben, weil ihm und nicht dem Kläger der entsprechende Beweis auferlegt sei; er stützte dieselbe darauf, daß er nicht etwa eine Ausnahme

Digitized by Google

von einem allgemein im Osnabrückschen geltenden Gesetze behauptete, sondern vielmehr die Existenz des vom Kläger behaupteten Gewohnheitsrechts für das Kirchspiel Ankum geleugnet habe. Das Gericht verwarf die Beschwerde.

Bei Aufnahme der im Uebrigen der Behauptung des Beklagten entsprechenden Beweise stellte sich heraus, daß bei den Lehnhöfen (Grote zu Westerholte, Lienesch zu Tütingen, Niemann zu Aslage, Niemann zu Bockraden, Engelke zu Loxten, Nortrup zu Nortrup) regelmäßig der älteste Sohn geerbt habe, und dasselbe sollte nach den Aussagen verschiedener Zeugen Statt gefunden haben bei Koldehoff zu Tütingen, und bei den Höfen Grumfeld, Lange und Landwehr zu Westerholte (welches erst später zum Kirchspiele Ankum gekommen sein soll). — Das Obergericht Osnabrück erkannte auf einen Ergänzungseid. Beide Theile erachteten sich beschwert. Das Berufungsgericht erkannte: Wenn gleich die Entstehung eines Gewohnheitsrechts eine gleichförmige Handlungsweise voraussetzt, weil sich ohne Gleichförmigkeit eine Regel überall nicht denken läßt; in Erwägung jedoch, daß durch eine oder einige mit der Regel im Widerspruch stehende Handlungen der Begriff der Gleichförmigkeit nicht ausgeschlossen wird, womit auch das geltende Recht bei richtiger Auslegung der l. ult. C. Quae sit longa cons. (VIII, 53) übereinstimmt; — nun aber von den auf Antrag des Beklagten vernommenen Zeugen übereinstimmend die Thatsache, daß im Kirchspiele Ankum auf freien Stätten regelmäßig stets der jüngere Sohn der Anerbe geworden sei, bekundet, — dieser Deposition auch von den Gegenbeweiszeugen nicht widersprochen, vielmehr von denselben das Anerbenrecht des jüngeren Sohnes auf freien Stätten in jenem Kirchspiele als Regel durchaus bestätigt und daneben nur bezeugt worden ist, daß auf einigen, namentlich auf vier in der Bauerschaft Westerholte belegenen Stätten, der ältere Sohn die väterliche Stelle bekommen habe, durch dergleichen Ausnahmen aber die von dem Beklagten erwiesene Regel keineswegs beseitigt werden kann, mithin der von dem Beklagten

Digitized by Google

angetretene Beweis nicht bloß bis zum Erfüllungseid, sondern für vollständig geführt zu halten ist: so werden ꝛc.

III. Senat. Schuhmacher c. Schuhmacher. 9. October 1856 und 28. Januar 1857 *).

4.

Gewohnheitsrecht und Verjährung als Quelle subjectiver Rechte.

Durch die erhobene Klage wird die Forderung eines s. g. Brautkranzgeldes wider die Beklagten, welche die Entrichtung desselben verweigert, geltend gemacht. Das Recht zur Erhebung einer solchen Gebühr wird, soweit es gegenwärtig noch in Betracht kommt, auf Gewohnheitsrecht und auf Verjährung, insbesondere auch auf unvordenkliche Verjährung gestützt. Die Beklagten sind der unterlassenen Entrichtung der Gebühr geständig, sie bestreiten aber das Recht der Pfarre zur Erhebung derselben, namentlich auch die rechtliche Zulässigkeit der Entstehung des libellirten Rechtes durch Gewohnheitsrecht und durch Verjährung. Außerdem haben sechs von den Beklagten der wider sie erhobenen Forderung die Einrede der Klagverjährung opponirt. Durch das Urtheil voriger Instanz vom 8. Juni v. J. ist die Einrede der Klagverjährung verworfen; die Verjährung ist für einen unzulässigen Entstehungsgrund des Rechtes qu. erkannt, dahingegen ist das behauptete Gewohnheitsrecht der Kläger zum Beweise verstellt worden. Nach Durchführung des Beweisverfahrens ist dieser Beweis für geführt erkannt worden, welchem gemäß eine Verurtheilung der Beklagten erfolgt ist. Beklagte haben gegen beide vorhin gedachte Urtheile das Rechtsmittel der Berufung zur Hand

*) In gleicher Weise ist durch ein Urtheil des Obergerichts Osnabrück vom 19. März 1855 in Sachen Ahaus c. Ahaus der Beweis, daß nach einer im Kirchspiele Berge, abgesehen von der Bauerschaft Graffeld, oder im Dorfe Berge bestehenden Gewohnheit der jüngste Sohn der Anerbe auf freien, reihepflichtigen Stätten sei, für geführt erkannt, wogegen in der Berufungs-Instanz keine Beschwerde erhoben wurde.

Digitized by Google

genommen. Klägerischerseits ist die Verwerfung der Berufung beantragt, eventuell eine Adhäsiv-Beschwerde gestellt worden. Das Gericht hat erkannt: In Erwägung, daß die Entstehung eines concreten subjectiven Rechts, wie solches im vorliegenden Falle für den zeitigen Pfarrer zu Neuenkirchen gegen die Brautleute der dortigen Parochie in Anspruch genommen wird, aus einem eigentlichen Gewohnheitsrechte, nach richtiger Begriffsbestimmung desselben, unmittelbar nicht hergeleitet, das Gewohnheitsrecht vielmehr nur als eine mittelbare Quelle rechtlicher Befugnisse Einzelner gedacht werden kann;

in Erwägung, daß dieser Auffassung des Gewohnheitsrechtes der Umstand nicht entgegentritt, daß der Ausdruck „consuetudo" in den Rechtsquellen gelegentlich auch die fortgesetzte Ausübung eines Rechts im subjectiven Sinne bezeichnet, da der hierdurch etwa begründeten Entstehungsart einzelner Rechts-Institute eine generelle Bedeutung nicht beigemessen werden kann; ebensowenig auch die dem Gewohnheitsrechte beiwohnende volle Kraft des geschriebenen Rechtes den Schluß, daß es gleich diesem auch subjectives Recht erzeugen könne, rechtfertigt, weil in jenem lediglich die die rechtlichen Wirkungen des Gewohnheitsrechtes bezeichnenden Sätze, die Begriffsmerkmale des letzteren aber nicht enthalten sind;

in Erwägung, daß diesem zufolge die erhobene Klage auf Anerkennung des Rechts zur Hebung einer Kranzgebühr auf die Behauptung eines Gewohnheitsrechts nicht gestützt werden konnte, die erste principale Beschwerde der Beklagten gegen das Interlocut vom 8. Juni 1857 mithin, soweit sie auf Streichung des den Klägern nachgelassenen Beweises des Gewohnheitsrechtes gerichtet worden, für begründet zu erkennen ist;

in Erwägung sodann, daß anlangend die auf eventuelle Nachlassung des Verjährungsbeweises gerichtete Adhäsiv-Beschwerde der Kläger nach römischem Rechte die fortgesetzte Ausübung eines Rechtes, wenn dieselbe eine Verjährung begründen soll, im Allgemeinen zwar allerdings nur gegen diejenigen, gegen welche es ausgeübt worden, bez. deren Rechts-

Digitized by Google

nachfolger rechtlich zu wirken vermag; daß jedoch nach den Grundsätzen des kanonischen sowohl, als des deutschen Rechtes die unvordenkliche Verjährung, wenn auch nicht die praescriptio definita, auch gegen andere, als die unmittelbar dadurch Betroffenen, den rechtlichen Entstehungsgrund einer Verpflichtung alsdann sehr wohl abgeben kann, wenn die Ausübung des betreffenden Rechtes ein einer Mehrheit von Personen gemeinsames Verhältniß zum Gegenstande hat; daß namentlich nach protestantischem Kirchenrechte die seit unvordenklicher Zeit geschehene Erhebung pfarramtlicher Einkünfte die rechtliche Entstehung eines diesfälligen Rechtes gegen alle zu derselben Pfarre gehörigen Parochianen begründet:

in Erwägung, daß diesemgemäß die unvordenkliche Ersitzung des libellirten Rechtes den Klägern allerdings zum Beweise zu verstellen war;

in Erwägung, daß anlangend hiernächst die eventuelle, nach dem Obigen noch in Betracht zu ziehende zweite beklagtische Beschwerde, daß die von den zuerst genannten sechs Beklagten opponirte Einrede der Klagverjährung verworfen worden sei, die hier in Rede stehende Gebühr nur als eine mit einer Ministerialhandlung, der Trauung, verknüpfte zufällige Einnahme (Stolgebühr, Accidenz) aufgefaßt werden kann, und daher allerdings eine solche Forderung vorliegt, welche nach §. 4 Nr. 1 des Gesetzes vom 22. September 1850, durch vierjährigen Zeitablauf verjährt; die Klage, soweit sie gegen die bereits vor Ende December 1852 copulirten Beklagten gerichtet worden, hinfolglich zurückzuweisen war;

in Erwägung übrigens, daß Kläger selbst in ihren Klaganträgen das Jahr 1852 als dasjenige anführen, in welchem ein Theil der Beklagten durch den Pastor Borstelmann copulirt worden, ohne der beklagtischen Anführung, daß solches rücksichtlich der sechs zuerst in den Klaganträgen genannten Mitbeklagten der Fall gewesen, zu widersprechen, hierin aber ein diesfälliges Zugeständniß zu befinden ist;

Aus diesen Gründen wird unter soweitiger Aufhebung

Digitized by Google

und Abänderung der Urtheile voriger Instanz vom 8. Juni 1857 und vom 16. April c. erkannt:

1) die erhobene Klage, insoweit sie gegen die in den sub Nr. 1—6 genannten Mitbeklagten auf Entrichtung der wider sie specificirten Gebühren gerichtet worden, wird unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten dieses Processes, soweit die gedachten Mitbeklagten dabei in Betracht kommen, auf Grund der Einrede der Verjährung zurückgewiesen,
2) die Klage, soweit sie gegen die übrigen Mitbeklagten gerichtet und auf unvordenkliche Verjährung gestützt worden, wird für begründet erkannt.
3) Sofern die Klage auf ein Gewohnheitsrecht gestützt worden, wird dieselbe zurückgewiesen.
4) Der Beweis der unvordenklichen Verjährung wird dem Kläger, Beklagten directen Gegenbeweis vorbehältlich, dahin zum Beweise verstellt:

daß der jeweilige Pfarrer zu Neuenkirchen seit unvordenklicher Zeit das Recht ausgeübt habe, von den Brautleuten der dortigen Parochie in den Fällen, in welchen der Brautkranz nicht von dem Pfarrer gekauft oder überhaupt solcher nicht getragen worden, die Berichtigung des s. g. Brautkranzgeldes zu 1 ß Cassenmünzen zu verlangen.

II. Civilsenat. Baden c. Neuenkirchen, wegen Brautkranzgelder. 30. September 1858.

5.

Substantiirung des Einwandes der Simulation.

Einer Klage gegenüber, welche auf das Erbrecht des klägerischen Pupillen gestützt und auf Herausgabe einer Brinksitzerstelle gerichtet war, berief sich die Verklagte auf einen mit dem Erblasser, ihrem Ehemanne, am 11. Mai 1853 abgeschlossenen Vertrag.

Kläger replicirten: wenn dieser Contract nicht schon seinem

Digitized by Google

unmittelbaren Inhalte nach als ein, deutschrechtliche anticipirte Erbfolge begründender Hofübergabe-Contract aufzufassen sei, in welchem Falle er nur das gesetzliche Successionsrecht ihres Pupillen schon damals zur Geltung gebracht habe, so sei er insofern simulirt, als er einen eine anticipirte Erbfolge zu Gunsten der Ehefrau begründenden Hofübergabe-Contract, wie in der That ihn die Paciscenten gewollt und beredet haben, dissimuliren solle.

Hiergegen schützte die Beklagte den Einwand unzulässiger Klagänderung vor.

Das Gericht erkannte darauf:

Wenn nun Verklagte diesem neuen Vorbringen zunächst den processualischen Einwand unstatthafter Klagveränderung opponirt hat, so kann dieser nicht für begründet erachtet werden. Zur Bekämpfung eines Vertrags als simulirt bedarf es keiner Klage.

Es handelt sich daher im vorliegenden Falle nur um eine neue Replik.

Dahingegen kann dieser neuen Replik, wie sie substantiirt worden, rechtliche Folge nicht gegeben werden. Die Bekämpfung eines Vertrages als simulirt fordert wesentlich die Behauptung, daß zwischen den Contrahenten bei äußerlicher Eingehung des angefochtenen Vertrages vereinbart sei, so wie er äußerlich hingestellt worden, solle derselbe keine Rechte unter den Contrahenten erzeugen, sondern entweder überall keine Rechte begründen oder aber zur Verdeckung eines bestimmten anderen unter ihnen abgeschlossenen Vertrages dienen.

Diesen durch ersteren dissimulirten Vertrag lediglich seinem allgemeinen rechtlichen Character nach zu bezeichnen, kann aber hierbei nicht genügen; es muß vielmehr der dissimulirte Vertrag, damit der Richter im Stande sei, zu prüfen, ob solcher in Wahrheit ein von dem angefochtenen verschiedenes Rechtsgeschäft enthalte, seinem thatsächlichen Inhalte nach angegeben werden. Daran lassen es aber die Angaben der Kläger gänzlich fehlen. Die allgemeine Auslassung ihres Anwalts in der

Digitized by Google

öffentlichen Sitzung vom 8. Juni d. J. im Zusammenhalt mit dem Inhalte der schriftlichen Berufungsanträge läßt vielmehr kaum einen Zweifel darüber zu, daß er ein Anderes und Mehres überhaupt nicht behaupten wollte, als dieses, nach dem (ausgesprochenen) Willen der Contrahenten sollte zwar alles, was der beigebrachte schriftliche Contract feststellte, so, wie er dies that, gelten,

aber er sollte nicht gelten als ein Kaufgeschäft, sondern als ein deutschrechtliche anticipirte Erbfolge begründendes Hof-Uebergabegeschäft. Da nun aber nur der thatsächliche Inhalt eines Contracts, nicht aber der unmittelbar auf den rechtlichen Character eines solchen gerichtete Wille der Contrahenten über den rechtlichen Character des geschlossenen Geschäfts entscheidet, so fehlt in der That der fraglichen Replik eine reale Grundlage.

I. Civilsenat. Kischer c. Meyer. 12. Juni 1858.

6.

Zu §. 31 der Notariatsordnung. Testamentserrichtung schreibensunfähiger Personen in Ostfriesland.

Es handelt sich um die Frage, ob in den Landestheilen, in welchen das Preußische Landrecht gilt, die Notare verpflichtet sind, bei den Testamenten schreibensunfähiger Personen noch zwei besondere Zeugen zuzuziehen. cfr. §. 115. Tit. 12. Th. I. des Allgem. Landrechts.

Im vorliegenden Falle hatte der Notar die Zuziehung unterlassen, und war deshalb das Testament in erster Instanz für nichtig erkannt.

Das Oberappellationsgericht hob diese Entscheidung mit folgenden Gründen auf:

Die Rechtsbeständigkeit des Testaments vom 18. Februar 1857, durch welches Beklagte zu alleinigen Erben eingesetzt sind, ist um deswillen von den Klägern angegriffen und von dem Gerichte I. Instanz verneint, weil der Testator wenigstens im Augenblicke der Unterzeichnung des Testaments dasselbe mit seiner Namensunterschrift zu versehen außer Stande ge-

Digitized by Google

wesen sei, der instrumentirende Notar aber, obwohl im Uebrigen den Vorschriften der Notariatsordnung insbesondere auch die im §. 36 enthaltene, die Form der Errichtung von Urkunden schreibensunfähiger Personen beachtend, die für den vorliegenden Fall im §. 115 Tit. 12, Th. I. des Allgem. Landrechts gegebene Vorschrift — Zuziehung zweier glaubwürdiger Männer zur Beglaubigung der Unterkreuzung — außer Acht gelassen habe, obwohl ihm die Beobachtung derselben durch §. 31 der Notariatsordnung ausdrücklich geboten sei.

Der allegirte §. 31 der Notariatsordnung legt den Notaren allerdings die Verpflichtung auf, alle Vorschriften über das bei Vornahme bestimmter Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von den Gerichten zu beobachtende Verfahren, so weit sie nicht eben die Gerichtspersonen betreffen, ebenfalls zu beobachten. Eine gleiche Vorschrift ist aber in Betreff der Form der über die Verhandlung zu errichtenden Urkunde daselbst nicht ausgesprochen.

Einer ausdehnenden Interpretation der betreffenden Vorschrift steht entgegen, daß der wesentliche Unterschied zwischen einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Beurkundung derselben in der Notariatsordnung im Allgemeinen festgehalten ist, wie dies auch die Motive des Gesetzes klar ergeben. Eine solche Ausdehnung ist auch nicht dadurch geboten, daß §. 31 in dem Abschnitte B. „regelmäßige Form der Urkunden und deren Ausfertigung" sich findet, da, wenn es auch vielleicht richtiger gewesen wäre, denselben den Vorschriften über die regelmäßige Form der Urkunden nicht zu subordiniren, sondern zu coordiniren, derselbe in dem hier angenommenen Sinne verstanden, als zugleich eine Vorschrift über den nothwendigen Inhalt der Urkunden, nämlich den Nachweis der Beobachtung der für die Verhandlung selbst gegebenen Vorschriften enthaltend, an der Spitze der Vorschriften über die regelmäßige Form der Urkunden füglich seinen Platz finden konnte, während diese Stellung nicht die richtige gewe-

Digitized by Google

sen sein würde, wenn darin die Ausnahmsbestimmungen zu den erst nachfolgenden Regeln sollten zu finden sein.

Hiernach kommt es wesentlich darauf an, welche Bedeutung das Allgem. Landrecht der in §. 115 Tit 12, Th. I. gebotenen Zuziehung der zwei glaubwürdigen Männer beilegt, ob es dieselbe

a. als eine vermehrte Besetzung der Gerichtsbank,
b. als eine Ergänzung der beschränkten testamenti factio der Schreibensunfähigen, oder
c. als zur Vollständigkeit des Actes selbst gehörig, die Zeugen selbst als Solennitäts-Zeugen, oder
d. als eine besondere Sicherheitsmaßregel behuf der Authenthizität der über den Act errichteten Urkunde auffaßt.

In dem Falle unter a. ist ganz abgesehen von der Frage, ob die die Besetzung der Gerichtsbank für bestimmte Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreffenden Vorschriften den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 8. November 1850 §§. 16, 20, 29, 30 gegenüber noch als in Kraft befindlich angesehen werden können — nicht nur dem oben dargelegten Sinne, sondern auch der ausdrücklichen Bestimmung des §. 31 cit. entsprechend, deren Anwendung bei Notariatstestamenten ausgeschlossen. Ein gleicher Ausschluß ist auch in dem Falle sub d. anzunehmen, während in den Fällen sub b. und c. die Vorschrift selbstredend als auch den Notar bindend anzusehen ist. — Der Auffassung unter a. steht aber schon der Umstand entgegen, daß die Auswahl der zuzuziehenden 2 Männer nicht allein in der Hand des Gerichtes steht, indem es nach §. 122 ibidem gleichgültig ist, ob dieselben von dem Testator oder dem Richter gewählt werden.

Der Auffassung unter b. und c. steht entgegen, daß die Gegenwart dieser beiden Personen bei der Verhandlung selbst überall nicht geboten ist. Vielmehr ergiebt der Umstand, daß die Gegenwart derselben nur für den Augenblick geboten, in welchem der Testator sein Handzeichen beifügt, unzweifelhaft, daß es sich nur um eine die Sicherung der über den Act auf-

Digitized by Google

genommenen Urkunde gegen Fälschung bezweckende besondere Form der Beurkundung handelt.

III. Civilsenat. Fischer c. Müller. 4. März 1859.

7.

Durch den §. 33 der Notariatsordnung vom 18. Sept. 1853 ist dem Notar zwar die Bezeugung der Abwesenheit von Mängeln als ein formale geboten, es ist aber eine wirkliche Formel der Erklärung nicht vorgeschrieben, es genügt, wenn eine dem Sinne der Vorschrift entsprechende Erklärung des Notars in dem aufgenommenen Protocolle sich ausgedrückt findet.

Ein Notar hatte in einem Protocolle über die Abwesenheit von Mängeln sich bestimmt verneinend ausgesprochen, ohne zu bemerken, daß er Erkundigung angestellt habe.

Wegen dieses Omissi war die Nichtigkeit des Protocolls behauptet, und hatte das Königliche Obergericht zu Nienburg den darauf gestützten Einwand für begründet angenommen.

Der 1. Senat des Königlichen Appellationsgerichts hat dieses Urtheil mittelst Erkenntnisses vom 3. Juni 1859 aufgehoben.

Es heißt in den Entscheidungsgründen:

Die Vorschrift ist nur als Instruction für den Notar, nicht als Form-Vorschrift aufzufassen, so wenig in dem Sinne, daß die Vornahme der Erkundigung bei den anwesenden Personen in jedem Falle geschehen müsse, als in dem, daß auch die Erwähnung jener Vornahme im Protocolle bei Strafe der Nichtigkeit habe geboten sein sollen.

Die Bezeugung der Abwesenheit von Mängeln ist zwar unzweifelhaft als ein formale geboten, doch ist eine wörtliche Formel der Erklärung nicht vorgeschrieben, und genügt, wenn eine dem Sinne der Vorschrift entsprechende Erklärung des Notars in dem aufgenommenen Protocolle des Notars sich ausgedrückt findet.

Dieses ist in substracto anzunehmen, denn die Mängel,

Digitized by Google

deren Abwesenheit beurkundet werden soll, sind von der Art, daß der Notar in anderer und zweckmäßiger Weise, als durch Erkundigung bei den anwesenden Personen, darüber Kunde erlangen kann, und wenn er diese seine Ueberzeugung in bestimmter Verneinung ausspricht, so thut er in der That ein Mehres, als wozu ihn das Gesetz verpflichtet, welches nicht Erklärung auf Grund des gestatteten minimi des Erkundigungsfleißes erfordert, und indem es ein negatives Zeugniß vorschreibt, dem Notar nicht in allen Fällen den Ausdruck seiner Ueberzeugung hat zur Pflicht machen, vielmehr es hat gestatten wollen, der vorgeschriebenen Verneinung die Beschränkung, so viel ihm auf Erkundigung bekannt geworden, hinzuzufügen.

I. Senat. Lessing c. Pracht wegen Forderung. 3. Juni 1859.

8.

Befugniß der Gemeindeglieder, die der Gemeinde zustehenden Privatrechte klagend geltend zu machen.

cfr. 1857—1858 Nr. 81.

Mehrere Einwohner von O. klagten gegen den Gutsbesitzer von O. auf Anerkennung einer Holzgerechtigkeit. Sie behaupteten, daß der Gemeinde O. eine solche in den Forsten des Beklagten zustehe, und daß sie, als Mitglieder sowohl der Reale, wie auch der politischen Gemeinde O. zur Geltendmachung derselben befugt seien. Das Gericht erster Instanz wies die Klage wegen mangelnder Befugniß der Kläger zu deren Erhebung in angebrachter Maße ab. Auf erhobene Berufung reformirte das Königl. Oberappellationsgericht dieses Erkenntniß, und verordnete behuf weiterer Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache die Remission der Acten an das Gericht erster Instanz. — Von diesem ist denn die Klage für begründet und, nach Erledigung eines Beweisverfahrens, dem Antrage der Kläger gemäß erkannt. — Hiegegen erhob Be-

Digitized by Google

klagter die Berufung und erwirkte ein Erkenntniß, dessen entscheidender Theil nebst Gründen folgendermaßen lautet:

In Erwägung, daß durch das Berufungs-Urtheil vom 1. October 1857 der Einwand der fehlenden Sachlegitimation der Kläger nur insoweit zurückgewiesen ist, als darauf eine verzögerliche Einrede gegründet worden,

daß Privatrechte, welche sich auf das zeitweilige Wohnen innerhalb des Gebiets einer Gemeinde beziehen, nicht, wie die zwar gleichfalls auf Gemeinde-Verhältnisse bezüglichen, hinsichtlich des Rechts der Ausübung aber dauernd mit Grundbesitz Einzelner verknüpften Rechte, als Rechte der Einzelnen, sondern nur als Rechte der Gemeinden aufgefaßt werden können;

demnach das hier fragliche Recht, auch wenn dem Anführen der Kläger, daß es hier um ein Recht der Gemeinde O. sich handle, nur die Bedeutung beigelegt werden sollte, daß sie unter Gemeinde den Inbegriff der Bewohner des Dorfs haben verstehen wollen, nicht von den Klägern im Processe geltend gemacht werden kann;

hiernach die übrigen Anträge und Ausführungen der Parteien einstweilen in Betracht kommen;

wird, unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen, die erhobene Klage zurückgewiesen.

I. Civilsenat. Meinecke & Consc. v. Oldershausen. 23. Juni 1859.

9.

Der Eigenthümer des Hauptthofes hat eine dingliche Klage gegen die Besitzer der dazu gehörenden Gemeinheitstheile.

Der Hofbesitzer Blanke hat seinen Hof parcellirt verkauft, dem Käufer der Hofesstelle aber alle Anrechte an der Gemeinheit zugesichert.

Bei der Statt gefundenen Gemeinheitstheilung sind jedoch den Käufern der abgelösten Parcellen nach Maßgabe der auf

Digitized by Google

den Grundbesitz fallenden Quoten Flächen aus der Gemeinheit zugewiesen, in deren Besitze sie sich befinden.

Der Käufer der Hofesstelle verlangt von ihnen die Herausgabe jener Gemeinheitstheile und das Gericht erkannte die Klage für substantiirt,

weil durch den zwischen dem Kläger und seinem Verkäufer abgeschlossenen Contract der Kläger auch diejenigen Gemeinheitstheile erworben hat, welche an und für sich dinglich mit den von eben diesem Verkäufer auf den Beklagten übertragenen Grundstücken verbunden sind und hiedurch eine confessorische Klage nicht nur gegen die juristische Person der Gemeinde, sondern auch gegen die die klägerische Berechtigung bestreitenden Beklagten rechtlich begründet ist.

II. Civilsenat. Molsen c. Staats. 6. November 1855.

10.

Die Vindikation von au porteur-Papieren.

Es handelt sich um 11 Stück v. Hodenbergscher au porteur-Obligationen à 1000 ℛ Gold.

Die Obligationen sind im Jahre 1844 im Gesammtbetrage von 185,000 ℛ Gold in 400 Stück auf den Inhaber lautender Partialen von dem Herrn v. Hodenberg ausgestellt, und zwar nachdem in einer zu Gunsten des Banquierhauses Warnecke Wwe. im Jahre 1843 ausgestellten Hauptobligation der Schuldner den Empfang der Gesammtsumme ad 185,000 ℛ Gold und die von ihm geschehene Ausstellung der dem fraglichen Banquierhause dafür übergebenen auf den Inhaber lautenden Partialobligationen anerkannt hatte.

Daß der Kläger 90 Stück jener Partialobligationen ad 90,000 ℛ rechtmäßig erworben hat, steht fest; ebenso, daß derselbe dem verstorbenen Cridar im Jahre 1857 einmal 50 Stück und später 40 Stück übergeben hat, auch daß 11 Stück von den übergebenen Obligationen sich im Besitze des verklagten Concurscurators befinden.

Gestritten wird über die Zulässigkeit der Vindikation

Digitized by Google

überhaupt, namentlich aber über die Zulässigkeit der Vindikation gegen den Beklagten, welcher sich für einen gutglaubigen Besitzer hält und jedenfalls behauptet, daß der Kläger nach Ausweis des bei der Uebergabe abgeschlossenen Geschäftes Eigenthum aufgegeben und nur ein persönliches mit Faustpfand verstärktes Klagerecht auf Rückgabe erworben habe. Der in Klage kommende Schein lautet:

„Der Herr v. A. hat die Güte gehabt, mir heute 40 Stück seiner v. Hodenberger Obligationen jede 1000 ℛ Gold auf einige Zeit zu borgen. Indem ich darüber quittire, gebe ich dafür bis zur Rücklieferung anbei 100 Stück Actien der Bergbau- und Hüttengesellschaft zu Peine à 500 ℛ = 50,000 ℛ Cour. Nr. 3210—3309 incl. zur Sicherheit.

Celle, den 5. December 1857.

gez. C. Hofmann."

Das Obergericht Celle hat der Klage stattgegeben, weil zwar die Vindikation gegen einen gutglaubigen Besitzer ausgeschlossen, aber Beklagter nicht als gutglaubiger Besitzer zu betrachten und aus dem Scheine vom 5. December 1857 kein das Eigenthum des Klägers aufhebendes Geschäft zu folgern sei.

Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung mit den nachfolgenden weiter greifenden Gründen:

In Erwägung, daß anlangend zunächst

I. die rechtliche Begründung der Klage, die Zulässigkeit der Vindikation, beziehungsweise der Publicianischen Klage für den Eigenthümer eines auf den Inhaber gestellten Papieres gegen den dritten und zwar auch gegen den redlichen Besitzer nach den Grundsätzen des Römischen Sachenrechtes keinem Zweifel unterliegt, da ein Werthpapier der fraglichen Art sich als ein körperlicher Gegenstand darstellt, an welchem ein vom Besitze getrenntes Eigenthum möglich ist;

in Erwägung,

daß nach diesem zunächst einzunehmenden, fundatam intentionem begründenden Standpunkte die erhobene Klage für begründet zu erkennen ist, sobald der Römische Rechts-

Digitized by Google

boden der Beurtheilung der aufgeworfenen Frage nicht etwa durch Anwendung entgegenstehender Rechtsgrundsätze und Verhältnisse wieder entzogen werden kann; in Erwägung nun, daß die Ausschließung der gedachten Klagen vom Beklagten aus der Eigenschaft der in Rede stehenden Documente als Inhaberpapiere hergeleitet worden ist, wohingegen Kläger

a. denselben nicht nur solche Eigenschaft überhaupt, sondern auch eine rechtszulässige Entstehung derselben, eventuell aber

b. auch die Richtigkeit der aus jener Qualität gezogenen Consequenz bestritten hat;

in Erwägung,

daß, anlangend den hiernach

ad a. zunächst zu bestimmenden rechtlichen Character jener Documente, der vom Kläger urgirte Umstand, daß neben den vorliegenden Partial-Obligationen eine besonders abgefaßte, auf den Namen lautende General-Schuldverschreibung vorhanden sei, zwar thatsächlich richtig, jedoch rechtlich für irrelevant zu erkennen ist, weil es sich um diese letztere überall nicht, sondern lediglich um die auf den Inhaber lautenden Stückobligationen handelt, diese aber einen völlig selbstständigen Bestandtheil haben, als solche circuliren und alle Begriffsmerkmale von Inhaberpapieren erschöpfen, indem nach ihrem ausdrücklichen Inhalte jeder Besitzer derselben schon als solcher, und ohne daß es des Nachweises einer besondern Uebertragung der Forderung bedurfte, dem Schuldner gegenüber als Gläubiger legitimirt ist;

in Erwägung,

daß, anlangend sodann die bestrittene Rechtsgültigkeit jener Papiere, das durch die Ausstellung derselben begründete Rechtsgeschäft zwar allerdings in das System des Römischen Obligationenrechtes nicht mag eingepaßt werden können, „weil die Beziehung auf unbestimmte Personen außer der Natur und dem Zwecke der Obligationen liegt;" daß jedoch die Allgemeinheit der Emission von Inhaberpapieren und die in der modernen Rechtsanschauung begründete allgemeine Anerkennung

Digitized by Google

ihrer Gültigkeit als unwiderlegbare historische Thatsachen zu bezeichnen sind und hierdurch die Annahme vollständig gerechtfertigt wird, daß die Inhaber-Papiere durch das deutsche Recht zu einem gemeinschaftlichen Institute ausgebildet worden seien;

in Erwägung,

daß es dieser Voraussetzung übrigens widersprechen würde, wenn man die Befugniß zur Emission solcher Papiere auf den Staat beschränken oder durch Ertheilung der Regierungs-Autorisation bedingen wollte, indem hierdurch der Entstehungsgrund des Inhaber-Papiers aus der allgemeinen Rechtsanschauung in den Willen des Staates würde verlegt werden, mithin die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Entstehung der Inhaber-Papiere von selbst auch die Befugniß zur Ausstellung derselben durch Privatpersonen mit sich bringt;

in Erwägung,

daß bei dem hiernach anzunehmenden Vorhandensein rechtsgültiger Inhaber-Papiere allerdings noch

ad b. auf die Prüfung der Frage weiter einzugehen ist, ob aus der rechtlichen Natur derartiger Papiere mit Nothwendigkeit die Ausschließung der sonst nach römischem Rechte stattnehmigen Vindikation gefolgert werden müsse;

in Erwägung nun, daß bei den Inhaber-Papieren zwei verschiedene Elemente, ein obligatorisches und ein sachliches zu unterscheiden sind, daß bei dem ersteren das Rechtsverhältniß zwischen dem Aussteller und dem Inhaber in Frage kommt, wobei das Obligationenrecht entscheidend ist, daß dagegen bei dem letzteren das Papier selbst und das Recht auf den Besitz desselben, soweit das Verhältniß zwischen den successiven Besitzern in Frage kommt, wobei das Sachenrecht entscheidend ist.

In Erwägung, daß die rechtlichen Eigenthümlichkeiten der Inhaber-Papiere nur in dem erstgedachten Rechtsverhältnisse zu befinden sind, die bei letztgedachtem Verhältnisse hervortretende erleichterte Uebertragung aber nicht das Wesen jener Papiere bestimmt, daß mithin kein innerer Grund vor-

Digitized by Google

liegt, um die Anwendung des Sachenrechtes und damit die Vindikabilität von Inhaber-Papieren auszuschließen;

in Erwägung,

daß die hierdurch begründete Zulässigkeit einer eigentlichen Vindikation auch dadurch nicht ausgeschlossen werden kann, daß dem gemeinen Rechte das Rechts-Institut der Inhaber-Papiere im heutigen Sinne und Umfange nicht bekannt gewesen, weil, abgesehen davon, daß einzelne ähnliche, wenn auch eingreifender civilistischer Bedeutung entbehrende Erscheinungen allerdings auch bei den Römern vorkamen, die dingliche Natur einer Sache, einerlei zu welcher Zeit dieselbe zur Existenz gelangt, stets die gleiche bleibt und stets nach denselben allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist;

in Erwägung,

daß die für die Ausschließung der Vindikation geltend gemachte Ansicht, es handle sich hier nicht sowohl um die Urkunde, als um das Forderungsrecht selbst, und rücksichtlich eines solchen sei eine Vindikation rechtlich undenkbar, für unzutreffend zu erkennen ist, da sie auf einer unzulässigen Fiction und auf der Verwechselung eines zwischen Urkunde und Forderung bestehenden Zusammenhanges mit einer Identificirung derselben beruhet;

in Erwägung,

daß auch die fernere, für die Unstatthaftigkeit der Eigenthumsklage geschehene Berufung auf den allgemeinen Willen im Verkehr, insofern auch dem Erwerber eines Inhaber-Papieres ein solcher Willen unterschoben wird, als willkührlich und als eine petitio principii enthaltend, zu bezeichnen ist, und der Wille des Emittenten und Nehmers, daß der bloße Besitz die Legitimation zur Realisirung der Forderung begründen solle, sehr wohl mit dem Willen verträglich ist, sich die Vindikation des Papieres im Falle einer Abhandenbringung desselben nicht zu entziehen;

in Erwägung,

daß auch aus der billigen Berücksichtigung des Rechts-

Digitized by Google

verhältnisses, in welchem das Erwerben eines Inhaber-Papieres sich befindet, ein Grund gegen die Zulassung der Vindikation nicht hergenommen werden kann, weil sich diese Rücksicht mit der eben so billigen Rücksicht für denjenigen ausgleicht, welcher in die Gefahr kommt, durch den unverschuldeten Verlust des Besitzes des Papieres auch das Recht an demselben zu verlieren;

in Erwägung,

daß, insofern die Nichtvindikabilität des Inhaber-Papieres aus seiner Gleichartigkeit mit dem Gelde deducirt worden, bei der völligen Verschiedenheit der characteristischen Merkmale, bei der zunächst eine solche Gleichartigkeit überall nicht als begründet erscheint, abgesehen hievon aber auch nicht einst das Geld selbst gemeinrechtlich der Vindikation unbedingt entzogen worden ist;

in Erwägung,

daß die aus den Verkehrsinteressen und dem öffentlichen Credite hergenommenen Gründe, abgesehen von deren Zweifelhaftigkeit, lediglich dem Gebiete der Rechtspolitik anheimfallen, und deshalb vom Richter nicht attendirt werden können; übrigens die sonst noch aus der Schwierigkeit der Beweisführung für die Unzulässigkeit der Eigenthumsklage hergenommenen Gründe einer Widerlegung kaum bedürfen;

in Erwägung,

daß diesem Allen zufolge aus dem Wesen der Inhaber-Papiere kein Grund zur Ausschließung der Eigenthumsklage herzunehmen ist und es deshalb nur noch darauf ankommen kann, ob sich auf particularrechtlichem oder gewohnheitsrechtlichem Wege eine entgegengesetzte Bestimmung ausgebildet hat; in Erwägung nun aber, daß zunächst durch die Verordnung vom 20. Januar 1826. §. 2 ein allgemeiner Rechtssatz in der fraglichen Rücksicht nicht ausgesprochen worden ist, ein solcher auch nicht darin anerkannt sein kann, weil sonst die darin enthaltene, auf eine bestimmte Classe von au porteur-

Digitized by Google

Obligationen beschränkte specielle Rechtsvorschrift überflüssig gewesen sein würde;

in Erwägung, daß auch die Bildung eines allgemeinen, insbesondere auch auf das hiesige Königreich sich erstreckenden Gewohnheitsrechtes, durch welche die Vindikabilität der Inhaber-Papiere ausgeschlossen wäre, nicht angenommen werden kann, und daß, wenn auch manche neuere Präjudize der Gerichte dafür sprechen, es doch keineswegs an entgegengesetzten Entscheidungen fehlt; auch in der Doctrin das Princip der unbeschränkten Vindikabilität in neuerer Zeit zu einer allgemeinen Geltung gebracht worden ist;

in Erwägung,

daß nach allen diesen Rücksichten, und ohne daß es einer weiteren Prüfung der Frage bedurfte, ob Beklagter als bonae fidei oder als malae fidei possessor zu betrachten sei, die Klage für rechtlich begründet erkannt werden muß;

in Erwägung,

daß anlangend hiernächst

II. die fernere Frage, ob die Klage für bewiesen zu erkennen sei, der Besitz der fraglichen Papiere, so wie der Umstand, daß Kläger sich vorher im Eigenthumsbesitze derselben befunden habe, auf dem Zugeständnisse des Beklagten beruhet, es mithin einer Beweisauflage für Kläger nicht bedurfte;

in Erwägung,

III. daß anlangend sodann die vom Beklagten der Klage entgegengesetzte Behauptung, daß das klägerische Eigenthum auf den Banquier C. Hostmann übergegangen sei, lediglich auf die Auslegung des klägerischerseits producirten und vom Beklagten anerkannten Scheines vom 5. December 1857 gegründet worden ist, in welchem Beklagter einen Darlehnsvertrag oder doch einen nur obligationsmäßig zur Restitution verpflichtenden Vertrag befindet; in Erwägung jedoch, daß diese Auslegung durch die im Urtheile voriger Instanz enthaltenen und nicht elidirten Gründe ihre hinreichende Widerlegung findet;

Digitized by Google

in Erwägung, daß die Begründung der in gegenwärtiger Instanz vorgebrachten angeblich neuen Thatsachen, „daß die in Rede stehenden au porteur-Obligationen nur hergeliehen, d. h. zur freien Verfügung des verstorbenen Carl Hostmann übergeben worden und daß letzterer sich verpflichtet, dieselben oder gleichartige Obligationen demnächst zu restituiren", zunächst wieder auf den gedachten Schein zurückgeführt worden, es sich mithin insoweit nicht um neue, selbstständig zu beweisende Thatsachen, sondern wiederum lediglich um die Interpretation des fraglichen Scheines handelt;

in Erwägung, daß der für richtig erkannten Auslegung des letztern gegenüber eine Eidesdelation rücksichtlich einer entgegenstehenden Absicht oder eine Eidesdelation im Allgemeinen nicht für zulässig zu erkennen ist;

in Erwägung, daß diesem Allem zufolge die erhobene Klage für begründet und für bewiesen, auch durch Einreden für nicht elidirt erkannt werden muß;

Aus allen diesen Gründen wird die beklagtische Berufung als unbegründet zurückgewiesen, Beklagter auch in die durch dieselbe erwachsenen Kosten verurtheilt.

II. Senat. v. Anderten c. Hostmann'sche Curatel, wegen Herausgabe von Werthpapieren. 23. Februar 1859.

11.

Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes einer Weidegerechtigkeit. — Wirkung der Rechtskraft im Besitzprocesse.

Die Königl. Kloster-Cammer begehrte klagend beim Großen Senat des Königl. Obergerichts zu Göttingen gegen die Gemeinde Weende, daß sie im Besitze der ausschließlichen Sommerweide-Gerechtigkeit mit Schafen innerhalb der Weender Feldmark geschützt werde. Sie berief sich auf ihren Besitz und darauf, daß in den Jahren 1763 bis 1768 dieser Besitz durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung der Beklagten gegenüber anerkannt und geschützt, auch jede Störung desselben

Digitized by Google

der Beklagten bei 50 ℳ Strafe untersagt sei. Sie machte ferner geltend, daß im Jahre 1857 dieser Besitz abseiten der Beklagten durch Ausübung der Schafweide verletzt sei und daß daher gerichtlicher Schutz desselben und Erkennung der von der Beklagten verwirkten Strafe ad 50 ℳ beansprucht werden dürfe.

Beklagtischerseits wurde der behauptete Besitzstand geleugnet und dagegen behauptet, daß die Beklagte sich im Besitze des Mitweiderechts befinde. Die Existenz der alten gerichtlichen Entscheidung wurde an sich anerkannt, deren Relevanz für den Klagantrag aber bestritten. Die Thatsache der im Jahre 1857 erfolgten Weide-Ausübung Seitens der Beklagten wurde eingeräumt.

Das Gericht erkannte in erster Instanz die Klage, soferu sie aus der älteren gerichtlichen Entscheidung hergeleitet worden, für unbegründet, ließ im Uebrigen die Besitzklage nach den Grundsätzen des int. de itinere actuque privato zu und legte demgemäß der Klägerin Beweis auf.

In der Berufungs-Instanz wurde dagegen vom I. Civil-Senat des Königl. Ober-Appellationsgerichts Folgendes erkannt:

„Wenn Klägerin principaliter darüber Beschwerde führt, daß dem Klagantrage nicht schon in Gemäßheit des rechtskräftigen Urtheils vom 6. Septbr. 1763

ohne Rücksicht darauf, wie etwa der factische Zustand im Jahre 1857 oder 1856 beschaffen gewesen,

entweder ohne Weiteres oder nach vorgängiger Constatirung der Richtigkeit und Pertinenz, des von der Klägerin geltend gemachten Inhalts des fraglichen rechtskräftigen Urtheils Statt gegeben sei, so muß mit dem Gerichte erster Instanz angenommen werden, daß der Inhalt des Urtheils vom 6. September 1763 ein selbstständiges Fundament für den im Jahre 1857 auf Schutz des Klosters Weende im Besitze der ausschließlichen Sommerweide-Gerechtigkeit mit Schafen in der Weender Feldmark gerichteten Klagantrag zu gewähren nicht geeignet ist. Klägerin selbst faßt das mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die apponirten und adrubricirten

Digitized by Google

Voracten in den Klaganträgen allegirte Urtheil vom 6. September 1763 dahin auf, daß damals das Kloster Weende im ausschließlichen Besitze der prätendirten Gerechtigkeit geschützt und demgemäß der Gemeinde Weende bei 50 ℛ Strafe verboten sei, das Kloster Weende auf irgend eine Weise in dem damals als constatirt angenommenen Besitze zu turbiren. Diese in dem früheren Besitzprocesse abgegebene Entscheidung war in Betreff der damaligen Streitfragen der Rechtskraft vollkommen fähig; es konnte ein rechtskräftiger Ausspruch darüber erfolgen, ob das Kloster Weende beim Beginne der früheren Besitzcontroverse in dem damals behaupteten Besitze sich wirklich befunden, sowie darüber, ob die Gemeinde Weende einer Verletzung des damaligen Besitzstandes sich schuldig gemacht und wegen der damaligen Besitzstörungen das Kloster Weende zu entschädigen habe. Dagegen kann dem im Anschluß an die über die im früheren Besitzprocesse ventilirten Streitfragen abgegebene Entscheidung erfolgten Ausspruche,

> daß der Gemeinde Weende bei 50 ℛ Strafe injungirt werde, das Kloster Weende bei der ihm privative zustehenden Schäferei- und Weide-Gerechtigkeit auf keine Weise zu turbiren,

nicht etwa eine selbstständige Bedeutung dahin beigelegt werden,

> daß die Gemeinde Weende für alle Zukunft den damals als constatirt angenommenen Besitzstand unbedingt zu respectiren schuldig sei,

weil abgesehen davon, daß die Frage, ob und wie lange das Kloster Weende in dem damaligen Besitze verbleiben werde, überall nicht Gegenstand des früheren Besitzstreits war, mithin auch nicht wohl Gegenstand der darin abzugebenden Entscheidung sein konnte, sowie abgesehen davon, daß die Frage, welcher Partei ein Recht auf den Besitz (jus possidendi) zuzuerkennen sei, überall nicht im Wege eines Besitzprocesses zu erledigen war, die materiellen Wirkun-

Digitized by Google

gen einer Entscheidung aber im Zweifel nicht über das Gebiet der in jedem einzelnen Streitfalle zur Entscheidung gelangenden Streitfragen hinaus erstreckt werden dürfen, das im Urtheile vom 6. September 1763 enthaltene Verbot fernerer Besitzstörungen seinem Wortlaute nach nur in einem unmittelbaren Zusammenhange steht mit dem Anerkenntnisse des damaligen Besitzstandes selbst und in Uebereinstimmung mit den bestehenden allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung begründet befundener Besitzklagen nur dahin zu verstehen ist, daß etwaige thatsächliche Eingriffe in den als constatirt angenommenen Besitzstand des Klosters unter der Voraussetzung in Zukunft die Erkennung der angedrohten Strafe zur Folge haben sollen, daß das Kloster späterhin weder in einem etwaigen petitorischen Rechtsstreite unterliegen, noch den damaligen Besitz auf irgend eine Weise verlieren würde. Wie daher die gegen das Beweisurtheil vom 14. Januar 1858 aufgestellte erste Hauptberufungsbeschwerde in ihrer principalen Richtung als unbegründet sich darstellt, so kann auch deren eventuelle Richtung als begründet nicht anerkannt werden, weil in Ermangelung einer für die Fortdauer des Besitzes geltend zu machenden Rechtsvermuthung aus dem Inhalte des fraglichen Urtheils vom 6. September 1763 bis zum Beweise des Gegentheils nicht ohne Weiteres mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß der damals anerkannte Besitz der Klägerin bis zum Jahre 1857 fortgedauert habe, der gegenwärtig auf Schutz im Besitz gestellte Antrag aber gerade nur alsdann begründet sein kann, wenn Klägerin wirklich auch noch zur Zeit der fraglichen neuen Störung im früher richterlich anerkannten Besitze sich befunden hat.

Wenn übrigens Klägerin ganz eventuell dem fraglichen Urtheile vom 6. September 1763 wenigstens die Wirkung vindicirt, daß wenn Klägerin einen dem früherhin ihr zuerkannten Besitzstande äußerlich entsprechenden factischen Zustand für das Jahr 1856 und für den Anfang des Sommers 1857 zu erweisen vermöge, alsdann in

Digitized by Google

Ermangelung besonderer Gegenbeweismomente anzunehmen sei, daß der früherhin anerkannte Besitz mit den im Jahre 1768 als constatirt angenommenen Qualificationen fortgedauert habe, mithin Klägerin keinenfalls verpflichtet sei, solche Besitzhandlungen zu beweisen, welche den Erwerb eines ausschließlichen Quasibesitzes bedingen, so ist die Deduction, daß zum Beweise der Fortdauer eines ausschließlichen Besitzes der hier geltend gemachten Art nicht nothwendig der Nachweis gehöre, daß im Jahre 1856 Fälle vorgekommen seien, in welchen die verklagte Gemeinde Eingriffe in den klägerischerseits behaupteten Besitzstand versucht, jedoch in Folge erhobenen Widerspruchs von weiteren Versuchen Abstand genommen habe, als zutreffend anzuerkennen, weil ein einmal erworbener Besitz nur alsdann verloren wird, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen des Besitzverlustes vorliegen; nichtsdestoweniger kann auch in dieser ganz eventuellen Richtung der auf das Urtheil vom 6. September 1763 gestützten Berufung zur Zeit keine Folge gegeben werden, weil dem Beweisurtheile des Gerichts erster Instanz gegenüber der Inhalt des fraglichen Urtheils vom 6. September 1763 nur zu berücksichtigen wäre, insoweit ein unmittelbarer Einfluß demselben auf die Vertheilung der Beweislast oder auf die Formulirung des Beweissatzes eingeräumt werden könnte, während die Frage, welcher Werth dem fraglichen Urtheile in Verbindung mit den apponirten Voracten als Beweismittel für die anzunehmende Fortdauer des früherhin anerkannten Besitzstandes beizulegen sei, erst bei Beurtheilung der gesammten Beweisführung selbst in Betracht kommt.

Die auf Nichtzulassung der erhobenen Besitzklage gerichtete erste Adhäsions-Beschwerde stellt als unbegründet, die auf Modification des vom Gerichte erster Instanz für Klägerin normirten Beweissatzes gerichtete zweite Berufungs-Beschwerde aber als begründet sich dar. Obwohl nämlich die im römischen Rechte angeordneten Interdicte auf Schäfereigerechtigkeiten direct nicht anzuwenden sein mögen, so ist doch

Digitized by Google

einerseits nicht zu bezweifeln, daß die römischrechtlichen interdicta retinendae possessionis einer analogen Anwendung auf gleichartige Fälle des Quasibesitzes nicht nur vollkommen fähig, sondern auch in Anerkennung eines für deren analoge Ausdehnung vorhandenen practischen Bedürfnisses und mit Rücksicht auf das schon in l. 8 §. 5. l. 10 D. 8. 5. und in l. 20 D. 8. 1. anerkannte Princip, so wie mit Rücksicht auf die Grundsätze des canonischen Rechts über Spoliation und auf Theil II. Titel 21. §. 3 der C. G.-O. vom Jahre 1555 allgemein in Deutschland auf Fälle der vorliegenden Art angewandt sind, andererseits jedoch nicht anzunehmen, daß besondere Gründe für die alleinige Anwendbarkeit des interdictum de itinere actuque privato auf deutschrechtliche Schäfereigerechtigkeiten vorliegen. Klägerin ist daher ihrem Klagantrage gemäß im Besitze der ausschließlichen Sommerweidegerechtigkeit mit Schafen in der Weender Feldmark schon alsdann zu schützen, wenn dieselbe erweislich zur Zeit der klagbar gemachten Störung wirklich im Quasibesitze des fraglichen Rechts sich befunden hat, wogegen die Entscheidung darüber, ob für den Fall des Gelingens des der Klägerin obliegenden Beweises die im Urtheile vom 6. September 1763 angedrohte Strafe zu erkennen sei, mit dem Gerichte erster Instanz bis zur Abgabe des Endurtheils um so mehr auszusetzen ist, da auch der Civilrichter Strafen nur gegen solche Mitglieder der verklagten Gemeinde zu erkennen in der Lage ist, welche wissentlich den fraglichen Verboten zuwidergehandelt haben.

Die allgemeine Anführung der Beklagten, daß sie im Besitze der Mitweide zur Zeit der fraglichen Störung oder im Jahre 1856 sich befunden, reducirt sich auf ein Ableugnen des eigentlichen Klagfundaments, weshalb der Beklagten der desfallsige Beweis schon aus dem Gesichtspunkte des directen Gegenbeweises gestattet ist ꝛc.

I. Senat. Klosterkammer c. Weende. 7. December 1857.

Digitized by Google

12.

Person des Beklagten bei der a. negatoria. — Servituten-Ersitzung.

Der Kläger beschwerte sich in der beim Großen Senate des Königl. Obergerichts zu Hameln erhobenen Klage darüber, daß seine in der s. g. Ohrmarsch bei Hameln belegene Wiese vom Beklagten rechtswidrig mit Schafen behütet sei, und begehrte ein Verbot dieser Störung.

Der Beklagte entgegnete, er sei Schäfer im Dienste der hudeberechtigten brückerthorschen Hudegenossen in Hameln und habe nur in dieser Eigenschaft im Auftrage seiner Dienstherren gehandelt; diesen Hudegenossen stehe übrigens zu der gerügten Handlung ein Recht zu, indem sie seit rechtsverjährter und auch seit unvordenklicher Zeit das Hütungsrecht auf der Wiese des Klägers gleichwie auf den übrigen in der Ohrmarsch belegenen Wiesen bis zum 24. März eines jeden Jahrs ausgeübt hätten.

Klägerischerseits wurden diese Einwendungen bestritten.

Das Gericht verwarf den aus dem Auftragsverhältnisse hergeleiteten Einwand des Beklagten, und legte demselben im Uebrigen Beweis über die alljährliche 10jährige Ausübung des Hütungsrechts auf der Wiese des Klägers, daneben alternativ über die Ausübung seit unvordenklicher Zeit auf.

Im Wege der Berufung beschwerte sich der Beklagte u. A.:

1. weil sein die Passiv-Legitimation betreffender Einwand verworfen sei,

unter Aufstellung der neuen Behauptung, daß dem Kläger das schon in erster Instanz in Bezug genommene Verhältniß des Beklagten bekannt gewesen sei;

2. weil in dem Einredenbeweise die Ausübung des Hütens nur mit specieller Beziehung auf die Wiese des Klägers, und nicht vielmehr alternativ daneben auch die Ausübung in der s. g. Ohrmasch oder doch in den dortigen Wiesen überhaupt zum Beweise nachgelassen sei;

wobei der Beklagte neu behauptete, die Ausübung des Hütens sei innerhalb der ganzen Ohrmarsch in einer solchen

Digitized by Google

Weise geschehen, daß dadurch, das Recht zur Behütung der dortigen Wiesen und Aecker (nur mit Ausnahme eines gewissen eingezäunten Kampes), also auch der klägerischen Wiese, erworben sei, wenn auch die erfolgte Behütung gerade dieser Wiese speciell nicht sollte constatirt werden können;

3. weil nicht eine 20jährige oder doch

4. eine 30jährige Ersitzung, ohne das Requisit einer alljährlichen Ausübung, zum Beweise nachgelassen sei;

unter der ad 3. aufgestellten neuen Behauptung, daß das beanspruchte Hütungsrecht eine servitus discontinua sei, welche dann nicht ausgeübt werden könne, wenn die den Wiesen benachbarten Aecker bestellt seien.

Nachdem über diese Beschwerden contradictorisch verhandelt war, erkannte das Berufungsgericht, daß, unter Verwerfung der weiter gehenden Anträge, dem Beklagten annoch ein Beweis der 30jährigen Ersitzung — ohne das Erforderniß einer alljährlichen Ausübung — nachgelassen werde.

In den Entscheidungsgründen ist Folgendes ausgesprochen:

in Erwägung,

1. daß die Hauptbeschwerde des Beklagten zu verwerfen ist, da der Eigenthümer gegen jeden, welcher in sein Eigenthum verletzend eingreift, der actio negatoria sich bedienen kann, und es dabei völlig irrelevant ist, ob der Eingriff Namens eines Dritten geschehen, und ob solches dem Eigenthümer bekannt gewesen, auch

2. anlangend die eventuelle, gegen die Beweisnormirung gerichtete Beschwerde:

dem Verlangen des Beklagten — daß die Uebung der Servitut in Beziehung auf die in der Ohrmarsch belegenen Wiesen überhaupt, oder in Beziehung auf Wiesen und Aecker, mit Ausnahme eines eingezäunten Kampes, alternativ neben der Uebung in Beziehung auf die Wiese des Klägers zum Beweis verstellt werde — nicht Statt zu geben ist, weil wenn auch die letztere Behauptung rechtzeitig vorgebracht wäre, obwohl die Uebung eines Rechts in Beziehung auf einzelne, den

Digitized by Google

Eigenthümern nach von einander unterschiedene, jedoch unter einer Collectiv-Benennung begriffene Grundstücke als Uebung in Beziehung auf jedes einzelne Grundstück angesehen, und darnach eine Last des einzelnen Grundstücks durch die allgemeine Uebung constituirt werden kann, dennoch die Behauptungen des Beklagten nicht in der Weise für substantiirt zu erachten sind, daß deshalb dem Beklagten ein besonderer Beweis nachgelassen werden durfte; ferner das Verlangen — daß eine 20jährige Ersitzung ohne Uebung in jedem einzelnen Jahre zum Beweise verstellt werde — für unbegründet zu erachten ist, weil überhaupt eine 20jährige Ersitzung für servitutes discontinuae der gesetzlichen Begründung entbehrt, und außerdem die fragliche Servitut für eine solche discontinua, die ihrer Natur nach in jedem Jahre nicht exercirbar ist, nicht zu halten, mithin auf sie die Ausnahme in Nr. III. der bekannt gemachten Präjudizien des höchsten Gerichts vom Jahre 1842 nicht zutrifft; dagegen der Beweis einer 30jährigen Verjährung vor Erhebung der Klage dem Beklagten neben dem bereits in erster Instanz normirten Beweise der 10jährigen alljährlichen Ausübung allerdings nachzulassen ist, da wenn auch die Anwendbarkeit der auf Klageverjährung gegründeten und zum Schutze des Eigenthumsrechts eingeführten außerordentlichen Ersitzungen auf servitutische und denen ähnliche Berechtigungen in der Theorie bestritten, doch nach der auch von Rechtslehrern bezeugten, und von Gerichtshöfen des hiesigen Landes befolgten Usual-Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen diese auch für solche Rechtsverhältnisse als zutreffend anzusehen sind, welche hier in Frage stehen, dann aber vermöge des Grundes solcher außerordentlichen Ersitzung die Nachweisung der Ausübung in jedem einzelnen Jahre nicht erforderlich ist.

I. Senat. Rausmann c. Ehrhard. 16. Juli 1858.

Digitized by Google

13.

Servituten-Ersitzung gegen den Fiscus.

cfr. 1856—1857 Nr. 16.

Es ist seit langer Zeit und in vielen Erkenntnissen des höchsten Landesgerichtes ausgesprochen, daß dem Fiscus und namentlich dem K. domanio eine 40jährige Verjährung zukomme und daß dieses auch insbesondere von der Erwerbung einer Servitut wider dasselbe gelte.

Dagegen ist eine dahingehende feste Praxis, daß bei dieser 40jährigen Verjährung gegen das domanium die alljährliche Ausübung der Servitut erforderlich und nachzuweisen sei, nicht anzuerkennen und es fehlen hinreichende Rechtsgründe zu einer derartigen Einschränkung der hier in Rede stehenden Verjährung; insbesondere ist die letztere nicht unter die gesetzliche Disposition der Nummer III der Bekanntmachung mehrerer Präjudizien des Ober-Appellationsgerichts vom 3. März 1842 zu subsumiren.

I. Civilsenat. Domainenkammer c. Polle. 14. October 1858.

14.

Datirung einer Hypothek bei laufendem Credite.

Daß eine für zukünftige Forderungen bestellte Hypothek vom Tage der Bestellung datire, ist nach richtiger Auslegung der Gesetze alsdann anzunehmen, wenn nur einer der Theilhaber des obligatorischen Verhältnisses, auf welches die bestellte Hypothek sich bezieht, schon zur Zeit der Bestellung gebunden war.

Dies Gebundensein ist dann nicht zu bezweifeln, wenn wie im vorliegenden Falle geschehen, der Gläubiger sich contractlich verpflichtet hatte, dem Gemeinschuldner bis dahin, daß eine Kündigung die Aufhebung des Contracts erwirkt haben werde, bis zu der festgesetzten Summe Credit zu gewähren.

I. Civilsenat. Sonntag cur. c. Overbeck. 28. October 1858.

Digitized by Google

15.

Den Kindern, welche in dem Concurse ihres Vaters die Proprietät der von ihrer Mutter eingebrachten dos, der diese als geschiedener schuldiger Theil verlustig geworden, geltend machen, steht eine privilegirte gesetzliche Hypothek nicht zu.

Bei Beurtheilung der Frage:

ob den Kindern, welche in dem Concurse ihres Vaters die Proprietät der von ihrer Mutter eingebrachten dos, der diese als geschiedener schuldiger Theil verlustig geworden, geltend machen, eine privilegirte gesetzliche Hypothek zustehe,

ist Folgendes erwogen:

I. Durch eine privilegirte gesetzliche Hypothek ist der Anspruch der Ehefrau auf Rückgabe ihrer dos, sei es, weil die Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst, sei es, weil der Ehemann insolvent geworden, bevorzugt.

Dieser Anspruch beruhet auf dem Vorhandensein, beziehungsweise der Fiction einer Stipulation zwischen den Ehegatten und wird nach lex un Cod. de rei uxoriae actione mit den durch gesetzliche Verschmelzung der Actio ex stipulatu und der rei uxoriae actio entstandenen Dotalklage geltend gemacht. Wenn den klägerischen Curanden das Dotal-Privilegium zugesprochen werden soll, so ist eine Identität ihres Anspruches mit demjenigen, welcher durch die Dotalklage verfolgt wird, nicht nur rücksichtlich der rechtlichen Grundlage erforderlich, wie auch die Gesetze über das Dotal-Privilegium (lex 12. Cod. qui potiores in pignore; 5. 29. Inst. de actionibus) ausdrücklich der Dotalklage gedenken.

Die Gleichheit der rechtlichen Grundlage, oder die Identität der Klage könnte nur dann vorhanden sein, wenn durch die Gesetze über den Erwerb der Proprietät der dos der geschiedenen schuldigen Ehefrau von Seiten ihrer Kinder der Uebergang eben des Klagerechts auf diese vermittelt würde, das ihr selbst eintretenden Falls zugestanden hatte.

Digitized by Google

Gegen die Annahme eines solchen, durch gesetzliche Vorschrift bewirkten Uebergangs sprechen folgende Gründe:

1. Keines der verschiedenen Gesetze, nach denen die dos wegen Vergehen der Ehefrau deren Kindern zufallen soll, enthält eine Andeutung von einem solchen Uebergange des Klagerechts, vielmehr wird sowohl im Codex wie in den Novellen die Sache dahin geordnet, daß die Frau ihrer dos verlustig werde, daß der Ehemann dieselbe lucrire, daß wenn Kinder aus der Ehe vorhanden, diesen die dos aufbewahrt bleibe, während der Ehemann den lebenslänglichen Nießbrauch behalte, daß den Kindern die Proprietät zufalle. Alle diese Ausdrücke geben vielmehr der Auffassung Raum, daß ein ganz neues Rechtsverhältniß an die Stelle der bisherigen trete, als der, daß ein Uebergang des letzteren auf die Kinder gewollt sei. An die Vorschrift, daß die Frau ihrer dos verlustig werde, schließt sich die Bestimmung zu Gunsten vorhandener Kinder an; sind solche nicht vorhanden, so soll die dos dem Ehemanne verbleiben, die Vorschrift zu Gunsten der Kinder erscheint als eine Modification und Beschränkung der Rechte des Ehemannes, der nach dem Rechte des Codex selbst befugt war, die Antheile seiner Kinder an der von der Ehefrau verwirkten dos zu bestimmen.

Die betreffenden Gesetze haben ihrer Fassung nach nicht über die Dotalklage, sondern über die Gegenstände der dos, verfügt und indem sie des Ehemannes Verhältniß als Nießbrauch, das der Kinder als Proprietät bezeichnen, die an das Institut der dos geknüpften eigenthümlichen Rechtsverhältnisse, die wesentlich den Character der Dotalklage bestimmen, beseitigt, an deren Stelle eben die vielfach abweichenden Grundsätze vom ususfructus und so lange die Kinder der väterlichen Gewalt unterworfen sind, auch die Grundsätze über die aus derselben fließenden Rechte des Vaters über das Vermögen der Kinder treten lassen, so daß ihre Klage doch nur den Namen der Dotalklage führen, der Sache nach aber nicht auf dem römi-

Digitized by Google

schen ehelichen Güterrechte, sondern auf anderen Rechts-Instituten beruhen könnte.

2. Die Auffassung, daß den Kindern ein unmittelbar auf den Gesetzen beruhendes, nicht ein abgeleitetes Recht verliehen worden, gewinnt auch dadurch eine Bestärkung, daß den Kindern in derselben Weise, wie die Proprietät an den Gegenständen der dos, die Proprietät an denen der propter nuptias donatio, wenn der Ehemann der schuldige Theil ist, zugesprochen ist, für welches Recht eine abgeleitete Klage nicht gefunden werden kann, und welches daher jeden Falls mit einer, unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden Klage realisirt werden mußte.

3. Ungeachtet der Gesetzgeber in der lex un Cod. de rei uxoriae actione die Grundsätze für die Dotalklage umfassend bestimmen wollte, ist darin nur von einem Uebergange derselben auf die Erben der Frau die Rede, welches um so bedeutungsvoller ist, als in demselben Gesetze die lex 8. Cod. de repudiis, durch welche die Proprietät der Kinder einer geschiedenen schuldigen Ehefrau an den Gegenständen der dos angeordnet war, ausdrücklich bestätigt ward, diese Art des Uebergangs der dos also dem Gesetzgeber vor Augen lag.

Hat der Anspruch der klägerischen Curanden eine andere rechtliche Grundlage als derjenige der Ehefrau, welche die Rückgabe der dos fordert, so kann das diesem beigelegte Privilegium nicht auf jenen bezogen werden, wenn auch beide Ansprüche auf den nämlichen Gegenstand gerichtet sind.

II. Sollte gleichwohl eine Identität der rechtlichen Grundlage anzunehmen und den klägerischen Curanden eine abgeleitete Dotalklage zu gewähren sein, so würde dennoch es als bedenklich erscheinen, ihnen das Dotal-Privilegium zuzusprechen. Die lex 12. Cod. qui potiores in pignore bestimmt nur, daß das Privilegium, welches jedem anderen Successor der Ehefrau abgesprochen ist, den Kindern derselben ebenso zustehen soll, als es ihrer Mutter, wenn sie noch lebte, zugestanden haben würde.

Digitized by Google

Die Worte des Gesetzes beziehen sich also nur auf den Fall, da die Kinder als Erben ihrer Mutter auftreten, ungeachtet schon vor Erlassung desselben die Vorschrift der lex 8. Cod. de repudiis bestand, und der Fassung jenes Gesetzes entspricht diejenige des für das hiesige Land geltenden Präjudizes vom 26. Januar 1841.

Der Einwand, daß die übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners einen ihnen sonst nicht gewordenen Gewinn aus der ihnen ganz fremden Thatsache der Ehescheidung ziehen würden, falls den klägerischen Curanden das Dotal-Privilegium abgesprochen werde, ist nicht erheblich, weil es sich in der That darum handelt, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen sie durch ein höchst singuläres außerordentliches Recht des andern Theils beeinträchtigt werden, so wie auch jener Einwand zu viel beweisen würde, da dem Cessionär der Ehefrau das Privilegium keinenfalls zusteht.

Die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber den hier vorliegenden Fall ebenso habe behandelt wissen wollen, als den in der lex 12. Cod. cit. ausgedrückten, berechtigt den Richter nicht zu einer ausgedehnteren Anwendung, vielmehr hat er sich derselben bei einer so singulären Vorschrift nach den Bestimmungen in l. 14. und 15. Dig. de legibus zu enthalten.

Durch Novelle 22 Cap. 30 ist nicht vorgeschrieben, daß die sämmtlichen Rechte, welche der geschiedenen schuldigen Ehefrau in Beziehung auf den Anspruch auf Rückgabe der dos zugestanden, und welche im Falle ihres Todes den sie beerbenden Kindern zu Theil geworden sein würden, auf die letzteren übergehen sollen. Das Gesetz hatte in den früheren Capiteln verordnet, daß alle lucra nuptialia, welche einem Ehegatten durch Tod des anderen zu Theil geworden, im Falle einer zweiten Heirath den Kindern erster Ehe als Eigenthum zufallen, und hat im Capitel 30 bestimmt, daß ein Gleiches hinsichtlich der durch Ehescheidung erworbenen lucra nuptialia eintreten solle, wogegen von dem s. g. Dotal-Privilegium in der Novelle überall nicht die Rede ist.

Digitized by Google

Die neue Vorschrift des Cap. 30. besteht darin, daß ohne Rücksicht darauf, wer die Scheidung der ersten Ehe verschuldet (et non discernimus, ex cujus culpa matrimonium repudio sit solutum), in Folge der zweiten Ehe die Proprietät der lucra nuptialia auf die Kinder erster Ehe übergehen soll, denn der Uebergang der Proprietät an demjenigen, was der schuldige geschiedene Ehegatte dem anderen zugebracht hatte, auf die Kinder, war ohne Rücksicht auf eine nachfolgende zweite Ehe schon in lex 8 Cod. de repudiis verordnet.

Aus vorstehenden Gründen geht die

Entscheidung

dahin, daß die erhobene Berufung unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz verworfen werde.

I. Senat. Baum c. Klaevemann. Mai 1859.

16.

Die Vorschrift der L. 13 D. fin. reg. (10, 1) ist unanwendbar auf Grundstücke, welche sich lediglich als accessorische Bestandtheile der Wohngebäude darstellen.

Die den beiden streitenden Theilen gehörigen benachbarten Wohnhäuser sind nur durch eine sogenannte Häusung von einander getrennt. Im Jahre 1856 hat der Beklagte sein Wohnhaus abbrechen und ein neues dafür aufführen lassen, welches jedoch eine größere Länge erhalten hat, als das klägerische Haus, während dieses letztere früherhin länger, als das alte beklagtische war.

Die Häusung ist bestehen geblieben; in seiner Verlängerung nähert sich der Neubau jedoch der auf der Grenze der beiderseitigen Grundstücke stehenden Planke.

Unter anderen Ansprüchen hat der Kläger auch den erhoben, Beklagter solle den verlängerten Neubau mindestens insoweit zurückziehen, daß die Mauer zwei Fuß von der Grenze entfernt bleibe.

In erster Instanz ist dieser Anspruch für begründet erkannt.

Digitized by Google

Auf die gegen diese Entscheidung erhobene Berufung wurde erkannt:

In Erwägung, daß, anlangend die beklagtische Berufung, und zwar zunächst die erste Beschwerde, der Anspruch des Klägers auf Zurückziehung der Mauer des verlängerten beklagtischen Neubaues bis auf zwei Fuß von der Grenze lediglich auf die L. 13 D. fin. reg. (10, 1) gestützt worden ist;

in Erwägung, daß die in dieser Gesetzesstelle enthaltene Bestimmung nach Nr. 1 der landesherrlich bestätigten Präjudizien vom 8. Januar 1845 zwar allerdings, ohne im Uebrigen jedoch irgend wie abgeändert worden zu sein, noch jetzt als gemeines Recht gesetzliche Gültigkeit hat, daß dieselbe jedoch im Eingange jenes Gesetzes ausdrücklich als fremder, der Solonischen Gesetzgebung angehöriger Rechtssatz bezeichnet und die Anwendbarkeit des letzteren nur für den Fall der Anstellung der actio finium regundorum ausgesprochen worden ist, demselben mithin durch das Gesetz selbst bestimmte Schranken seiner Anwendung vorgezeichnet sind;

in Erwägung,

daß nun zwar, insofern die actio finium regundorum selbst als erhoben zu betrachten wäre, nach §. 19 des Gerichts-Verfassungsgesetzes lediglich die Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte in erster Instanz begründet gewesen sein würde, daß jedoch nur soviel angenommen werden kann, daß ein allerdings nur für die actio finium regundorum gesetzlich aufgestellter Rechtssatz zur Begründung des in Rede stehenden Anspruchs angezogen worden sei;

in Erwägung ferner,

daß jener Rechtssatz wegen der demselben gegebenen vorhin gedachten Beschränkung nur auf eigentliche, zur Fruchtgewinnung bestimmte Ackergrundstücke und die auf solchen zu errichtenden Gebäude, nicht aber auf solche innerhalb der Städte belegene Grundstücke, welche sich bloß als accessorische Bestandtheile der Wohngebäude darstellen, Anwendung finden kann, weil nach der rechtlichen Natur der actio finium regundorum

Digitized by Google

deren Zulässigkeit bei Grundstücken der letzteren Art bestimmter gesetzlicher Vorschrift zufolge ausgeschlossen ist, im vorliegenden Falle aber unzweifelhaft nur derartige Grundstücke in Frage stehen, die Klage mithin insoweit als unbegründet zurückgewiesen werden mußte.

II. Civilsenat. Knoche c. Crudup. 31. März 1858.

17.

Nach dem Gesetze vom 16. December 1843 genügt die Anerkennung der Unterschrift unter dem Vertrage vor Gericht oder vor Notar und Zeugen.

Ein Vertrag, in welchem die Uebertragung von Immobilien pactirt wurde, ist von den Contrahenten unterzeichnet. Die Unterschriften sind vom Königlichen Amte Lauenstein beglaubigt.

Das Gericht erster Instanz hat die Uebertragung der Immobilien für unwirksam erkannt, weil durch bloße Beglaubigung der Unterschriften den Vorschriften des Gesetzes vom 16. December 1843 nicht genügt sei.

Königliches Ober-Appellationsgericht hob diese Entscheidung wieder auf und sprach dabei aus:

die resp. Urkunden, welche über diese Contracte zu den Concursacten gebracht worden, haben insofern unzweifelhaft den Character von öffentlichen Urkunden, als die Unterschriften gerichtlich beglaubigt sind; es fragt sich aber, ob damit eine Anerkennung der darin errichteten Verträge vor Gericht im Sinne des §. 3 vorhanden ist.

Die Unterzeichnung einer Urkunde kann nach Beschaffenheit der Umstände verschiedene Zwecke haben, allein wenn die Urkunde Willenserklärungen dessen, welcher sie unterzeichnet hat, enthält, so kann die Unterzeichnung nur die Bedeutung haben, daß dadurch der Unterzeichnende zu erkennen giebt, daß jene Willenserklärungen von ihm herrühren, also daß er den Inhalt der unterzeichneten Urkunde anerkennt.

Der Beweis der Aechtheit der Unterschrift liefert daher

Digitized by Google

zugleich den Beweis der Thatsache, daß der Unterzeichner den Inhalt als seinen Willen ausgedrückt habe, wenn auch ein Gegenbeweis, wie bei allen Beweismitteln, vorkommen kann, z. B. mittelst Beweises der Thatsache, daß die Unterzeichnung die Ausstellung eines Blanquets bezielt habe, oder daß der Inhalt nach der Unterzeichnung verändert sei.

Hiernach ist es mindestens zulässig, die Anerkennung der Unterschrift einer Urkunde als eine Anerkennung der Urkunde selbst und wenn diese einen Vertrag enthält, als eine Anerkennung desselben, d. h. der Thatsache seiner Vollziehung zu bezeichnen, wobei die Gültigkeit der Rechtsverbindlichkeit desselben außer Acht bleibt, während andererseits mit einer Anerkennung des Vertrages vor Gericht u. s. w. gefordert sein kann, daß der Inhalt der Vertragsurkunde selbst vor Gericht u. s. w. von Neuem wiederholt werde.

Bei der hiernach anzunehmenden Doppelsinnigkeit der Worte im §. 3 des Gesetzes muß der Wille des Gesetzgebers aus dem übrigen Inhalte des Gesetzes, besonders auch insoweit sich der Zweck desselben feststellen läßt, ermittelt werden. Nach §. 6 soll eine über einen Vertrag errichtete Privaturkunde das Recht begründen, binnen bestimmter Frist auf Anerkennung der Urkunde zu klagen, welche demnach mit der im §. 4 verlangten Anerkennung des Vertrages zusammen fallen wird. Da ferner in diesem Verfahren andere Einreden als solche, welche die Thatsache der Vollziehung des Vertrags betreffen, nicht zugelassen werden sollen, so kann es sich überhaupt nur um diese Thatsache handeln und dafür, daß unter der Vollziehung die Unterzeichnung der Privaturkunde verstanden sei, spricht, daß im ersten Absatze des §. 6 von der Vollziehung derselben mittelst deren Unterschrift die Rede ist.

Diesem tritt hinzu, daß nach Ausweis der Actenstücke der allgemeinen Stände-Versammlung durch ein Schreiben derselben an die Königliche Regierung vom 30. Juni 1842, durch welches die Erlassung des hier fraglichen Gesetzes beantragt worden, geäußert ist, es müsse im Allgemeinen als durchaus wünschens-

Digitized by Google

werth erscheinen, daß Rechtsgeschäfte von solcher Wichtigkeit und so dauernden Folgen als Verträge über Immobilien seien, nur schriftlich errichtet werden, sowohl des künftigen Beweises als der Gewißheit über die eigentliche Absicht der Contrahenten wegen; es lasse sich ferner nicht verkennen, daß es auch bei dem Mangel allgemeiner Regulirungen der Besitztitel manchen Nutzen gewähre, wenn regelmäßig Verträge über das Eigenthum bei dem Gerichte der belegenen Sache aufbewahrt werden. Hiernach sind die betreffenden Vorschriften nicht von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß eine Einwirkung eines Richters oder Notars auf Verträge über Immobilien stattgefunden haben müsse, bevor dieselben rechtliche Wirkung haben, und die im §. 5 des Gesetzes enthaltene Vorschrift wegen genauer Bezeichnung der Grundstücke kann schon deshalb eine Beziehung auf die Klagbarkeit des Vertrags nicht haben, weil der §. 6 innerhalb einer Frist von 6 Wochen dem in einer Privaturkunde enthaltenen Vertrage Klagbarkeit beimißt.

Diese Gründe müssen für die Annahme, daß die Anerkennung der Unterschrift unter dem Vertrage vor Gericht oder vor Notar und Zeugen der im §. 4 des Gesetzes erforderten Anerkennung des Vertrages entspreche, entscheiden, und wenn dieses der Fall ist, so ist bei den hier in Betracht kommenden Verträgen vom 30. August 1850 der gesetzlichen Vorschrift Genüge geleistet. Die Bestimmung in der Notariats-Ordnung vom 18. September 1853 §. 38 kann hier schon deshalb, weil ein Notariatsact nicht in Frage steht, nicht in Betracht kommen.

Die Beschwerde der Kläger ist demnach soweit sie den ersten Anspruch betrifft begründet.

I. Senat. Lüdeking c. v. Reden. 7. Juni 1859.

18.

Zu §. 3 des Gesetzes vom 16. December 1843. — Anerkennung im Verlaufe processualischer Verhandlungen genügt.

Die Parteien haben einen schriftlichen Kaufcontract über

Digitized by Google

einen Hof abgeschlossen und ist der jetzige Kläger (Käufer) in einem früheren Processe vor dem Obergerichte H. von dem jetzigen Verklagten (Verkäufer) auf Anerkennung und Vollziehung des Contractes belangt. In dem Verhandlungstermine vom 25. Januar 1856 hat der damalige Verklagte vor Abgabe eines Urtheils erklärt, er erkenne den fraglichen Contract an, und ist damit das processualische Verfahren beendet.

Später klagte der Käufer seinerseits wider den Verkäufer auf Erfüllung des Kaufcontractes. Letzterer wandte ein, daß die Klage in angebrachter Maßen zurückzuweisen sei, weil noch kein förmlicher Kaufcontract vorliege, da derselbe noch nicht nach dem Gesetze vom 16. December 1843 vor einem Notar oder vor einem mit freiwilliger Gerichtsbarkeit ausgestatteten Gerichte zu einer öffentlichen Urkunde erhoben, eine solche auch durch das Verfahren vor dem Obergerichte H. nicht ersetzt sei.

Der Einwand wurde verworfen, weil, indem auf erhobene Klage des jetzigen Klägers in der Audienz des zur Bescheidung dieser Klage völlig zuständigen Obergerichts der fragliche Kaufcontract laut Sitzungsprotocolls vom 25. Januar 1856 von dem jetzigen Kläger anerkannt, diese Anerkennung auch von dem Beklagten acceptirt worden, dem Contracte selbst diejenige Form gegeben ist, von welcher der §. 3 des Gesetzes vom 16. December 1843 die Gültigkeit der die Uebertragung von Eigenthum an Grundstücken bezielenden Verträge abhängig macht.

I. Civilsenat. Mävars c. Burgdorf. 25. November 1858.

19.

Die Verordnung vom 6. October 1712 über die Anmeldung der Veräußerung bürgerlicher Grundstücke afficirt nicht die Gültigkeit des obligatorischen Contractes.

Die in der Verordnung vom 6. October 1712 wiederholt ausgesprochene ratio legis trifft nur auf solche Fälle zu, wo Veränderungen in der Person des zur Abführung städti-

Digitized by Google

scher Abgaben verpflichteten Besitzers bürgerlicher Grundstücke sofort und ohne Weiteres eintreten.

Davon abgesehen ist mit der Intention des die Gültigkeit des Vertrages anfechtenden Beklagten nicht wohl vereinbar, daß im §. 1 der Verordnung vom 13. Januar 1733 die Instruction für die Notarien sich befindet, daß sie den Contracten die Clausel einfließen lassen sollen, daß solche nicht eher als nach geschehener Anmeldung gültig sein sollen. Endlich ist die Klagbarkeit eines zu künftiger Eigenthums-Uebertragung verpflichtenden Kaufcontractes in Ermangelung bestimmt entgegenstehender Vorschriften um so mehr anzunehmen, da die für Contraventionsfälle angedrohten Strafen augenscheinlich nicht schon dann verwirkt sein sollen, wenn Vereinbarungen über zukünftige Besitzes-Uebertragungen zum Abschlusse gelangen.

I. Civilsenat. Breithaupt c. Breithaupt. 12. Mai 1859.

20.

Leibzucht als Theil eines Kaufcontractes fällt nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juli 1833 und vom 23. Juni 1857.

Eine als dingliche Last stipulirte Leibzucht, welche in einem Kaufcontracte als Theil der für die Ueberlassung des Hofes an den Käufer für den Verkäufer bedungenen Gegenleistungen constituirt ist, fällt nicht unter die Vorschriften des §. 3 des Gesetzes vom 23. Juli 1833, resp. des Gesetzes vom 23. Juni 1857,

weil diese augenscheinlich nicht die Belastung eines Hofes mit einem dinglichen Rechte als solche, sondern die Regelung der im Familienrecht wurzelnden Beziehungen zu dem Hofe cf. §. 2 ib. zum Gegenstande haben, bei welcher Gefahr einer leichtsinnigen Ueberlastung des Hofes zum Nachtheil des gemeinen Wesens besteht.

I. Senat. Wagener c. Warnecke. 23. November 1858.

Digitized by Google

21.

Einrede der Compensation dem Cessionar gegenüber.

Die Einrede der Compensation bleibt gegen den Erwerber des Schuldanspruchs (Cessionar) wirksam, sofern sie bis zur erfolgten Benachrichtigung des Schuldners von der geschehenen Cession schon begründet war, d. h. eintretenden Falls dem Cedenten gegenüber hätte geltend gemacht werden können.

II. Senat. Ritter c. Stück. 10. November 1854.

22.

Fortbestand der Verpflichtung zu fortlaufenden Leistungen, wenn die bedungenen Gegenleistungen nicht prästirt werden können.

Durch einen i. J. 1807 zwischen dem Cammer-Collegium in Hannover und den Eingesessenen der Marschvoigtei des Amts Westen geschlossenen Vertrag ist bestimmt, daß in Zukunft die sämmtlichen Baukosten, welche der Amts-Westensche Theil der Brücke über die s. g. alte Aller vor Verden erfordere, insofern solche der allergnädigsten Herrschaft und den gedachten Einwohnern der Marschvoigtei obgelegen haben, von Herrschaftswegen allein übernommen werden, und die letzteren für diese Befreiung von der bisherigen Verbindlichkeit eine ständige Abgabe von 127 ℛ 18 Mgr. in perpetuum dergestalt übernehmen, daß von jedem Meiertheile der interessirten freien Güter und Dorfschaften 1 ℛ 18 Mgr. nach der Zahl derjenigen Meiertheile zu dieser Abgabe beigetragen werde, wie die Interessenten i. J. 1778 zu den Brücken-Baukosten beigetragen haben.

In Folge der neuern Gesetzgebung ist seit dem 30. December 1852 die hinsichtlich der bezeichneten Brücke bestandene Baulast beseitigt.

Da die Königliche Domainen-Cammer gleichwohl die Bezahlung der Geldabgabe forderte, so erhoben die Pflichtigen bei dem Königlichen Obergerichte in Nienburg Klage dahin gegen

Digitized by Google

sie, daß sie die Freiheit der klägerischen Höfe von jener Abgabe anerkenne. — In erster Instanz ward diesem Antrage gemäß erkannt; auf erhobene Berufung der Beklagten ward jedoch vom Königlichen Ober-Appellationsgerichte das Urtheil aufgehoben und die Klage zurückgewiesen, weil nicht anzunehmen sei, daß die für den Zeitraum eines Jahres festgesetzte Abgabe eine Vergütung für die während des betreffenden Jahres getragene Last, sondern vielmehr, daß das Recht zum Bezuge der Abgabe ein Aequivalent für die dauernde thatsächliche Befreiung der Kläger habe sein sollen. Für eine gänzliche Befreiung der Kläger sei das Recht auf eine Abgabe *in perpetuum* constituirt, und alle späteren Veränderungen der Last, — möchte sie erhöht, vermindert, oder ganz beseitigt werden — berührten nur die Beklagte.

Der Grundsatz des römischen Rechts, daß, wenn bei einer gegenseitigen obligatio die eine Leistung durch Zufall nach der Perfection des Vertrages unmöglich geworden, der sie Schuldende befreiet werde und gleichwohl die Gegenleistung fordern könne, dürfe nicht als eine Singularität auf den Kaufcontract beschränkt werden. Wäre daher der vorliegende Fall selbst dahin aufzufassen, daß die Leistung der Beklagten in Folge eines casus unmöglich geworden sei, so würde ihr gleichwohl der Anspruch auf die Gegenleistung verbleiben, auch wenn jene nicht einmal theilweise gewährt worden wäre; nun aber liege hier die Sache für die Beklagte noch günstiger, da eine gegenwärtige Leistung von ihrer Seite kein Interesse für die Kläger haben würde, und wenn durch ein späteres Gesetz die früher bestandenen Verpflichtungen wegen Unterhaltung der Brücke wieder hergestellt werden sollten, die Leistung der Beklagten würde wieder eintreten müssen.

Endlich habe die Beklagte die Gegenleistung der Kläger durch Constituirung einer Realberechtigung bereits vollständig erhalten, mit dieser Constituirung sei der Vertrag von den Klägern erfüllt, und die jährlichen Zahlungen seien zunächst

Digitized by Google

nicht mehr Ausflüsse eines obligatorischen Rechts, sondern einer von der Beklagten erworbenen Realberechtigung.

I. Senat. Westen c. domanium. 20. April 1858.

23.

Haftung des Mandanten, wenn der Mandatar geheime Einschränkungen seiner Vollmacht unbeachtet läßt.

Der Kläger klagte gegen die Gemeinde Barsinghausen ein Darlehn ein, indem er behauptete, das Darlehnsgeschäft mit den behuf provisorischer Verwaltung eines Steinkohlenbergwerkes in der Barsinghäuser Gemeindeforst von der Gemeinde erwählten Deputirten contrahirt zu haben und sich auf ein Protocoll vom 9. November 1848 berief, wonach drei Deputirte von der Gemeinde generell ermächtigt waren, zum Betriebe des fraglichen Bergwerks Namens der Gemeinde unter Vorbehalt der Rechnungsablage Anleihen zu machen.

In erster Instanz wies das Gericht einen von der Beklagten daraus entnommenen Einwand, daß dem den Deputirten ertheilten, in dem Protocolle enthaltenen Mandate mündlich gewisse Limitationen hinzugefügt seien, zurück.

Das Ober-Appellationsgericht bestätigte diese mittelst der Berufung angegriffene Entscheidung, indem es erkannte:

Die dritte Berufungs-Beschwerde ist schon deshalb unerheblich, weil, gleichwie einer offenen Vollmacht zuwiderlaufende geheime Instructionen bei Beurtheilung der in Gemäßheit der offenen Vollmacht mit dritten Personen vom Mandatar für den Mandanten abgeschlossenen Verträge rechtlich nicht in Betracht kommen, ebenso im vorliegenden Falle etwaige mündliche Beschränkungen des im Termine vom 9. November 1848 ohne Beschränkung zu Protocoll gegebenen, als Legitimation der Deputirten zu Anleihen geradezu bezeichneten fraglichen Mandats auf die rechtliche Stellung des mit den Mandataren der Gemeinde contrahirenden Darleihers zur Gemeinde als Mandantin einzuwirken überhaupt nicht geeignet sind, die verklagte Gemeinde vielmehr wegen der behaupteten Ueberschrei-

Digitized by Google

tung des fraglichen Mandats nur die auserſehenen Vertrauensmänner ſelbſt zur Verantwortung zu ziehen befugt erſcheint.

I. Senat. Barſinghauſen, Altenhof c. Wittrock. 11. November 1858.

24.

Die Synagogen-Gemeinden ſind juriſtiſche Perſonen. Haftung der juriſtiſchen Perſonen aus den für ſie durch ihre Repräſentanten abgeſchloſſenen Geſchäften.

Der Vorſteher der jüdiſchen Synagogen-Gemeinde zu L. hat von dem Kläger für die Gemeinde ein Darlehn aufgenommen und wie letzterer behauptet, für den Bau einer Synagoge zu L. verwandt.

Die auf Rückzahlung des Darlehns verklagte Synagogen-Gemeinde beſtritt ihre Verpflichtung aus verſchiedenen in der folgenden Entſcheidung erwogenen Gründen.

Mag man die Beſtimmungen der l. 27 D. 12. 1 und der novella cap. 6 §. 3. auf jüdiſche Synagogen-Gemeinden, denen nach §. 25 des Geſetzes vom 30. September 1842 das Recht, Vermögen zu erwerben, mithin die juriſtiſche Perſönlichkeit nicht abzuſprechen iſt, anwenden, oder lediglich den allgemeinen Grundſätzen von den, mit dem Geranten fremder Geſchäfte abgeſchloſſenen Contracten folgen, ſo iſt in dem einen wie in dem andern Falle die Haftverbindlichkeit der Synagogen-Gemeinde aus den von ihren Beamten Namens ihrer contrahirten Darlehnen auch ohne Bevollmächtigung dieſer Beamten oder nachfolgende ausdrückliche Ratihabition alsdann nicht zu bezweifeln, wenn die dargeliehenen Gelder in das Vermögen der Gemeinde nutzbar übergegangen ſind. Um dieſes aber darzuthun genügt es im vorliegenden Falle allerdings, wenn die Verwendung der angeliehenen Gelder zum Synagogenbau erwieſen wird, weil beklagtiſcherſeits anerkannt iſt, nicht nur daß der Synagogenbau überhaupt von der Gemeinde beſchloſſen, ſondern auch daß derſelbe wenigſtens unter der Mitleitung ihres Vorſtehers auf dem Grunde und Boden ausgeführt und

Digitized by Google

vollendet worden, eine Mißbilligung einzelner Theile des Baues aber in dem vorliegenden Rechtsstreite so wenig ausgesprochen, als daß solches gegenüber den Beamten, welche den Bau ausgeführt haben, geschehen sei, von der Beklagten behauptet ist, Niemandem aber gestattet sein kann, Dasjenige, was der Geschäftsführer Namens seiner angenommen und in des Prinzipals Eigenthum verwandt hat, sich anzueignen, ohne zugleich die Verpflichtung zu erfüllen, zu welcher der Geschäftsführer in Beziehung auf jenes Angenommene Namens seiner sich anheischig gemacht hat.

I. Senat. Synagogengemeinde zu Liebenau c. Heinecke. 8. Juli 1858.

25.

Haftung des Staates für veruntreute Depositengelder findet nicht statt.

Es handelt sich um Brandentschädigungsgelder, welche nach den bestehenden Verordnungen bei dem Verwaltungsamte eingezahlt sind und um die Frage, ob der Staat für diese von dem Beamten unterschlagenen Gelder hafte, oder ob dieselben von der Assecuranz dem Versicherten zu vergüten seien. Hinsichtlich der ersteren Frage erkannte das Gericht:

In Erwägung, daß, wie auch durch die Gerichtspraxis in hiesigen Landen anerkannt worden, in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung für die Annahme, daß der Staat für die von seinen Beamten begangenen Unterschlagungen an den vermöge ihres Amtes in Verwahrung genommenen fremden Geldern unbedingt hafte, es an einem Rechtsgrunde fehlt;

in Erwägung, daß eine solche Verpflichtung zunächst aus den privatrechtlichen Normen über das Depositum und die Verhaftung für Delicte sowohl beauftragter Personen überhaupt, als insbesondere der Beamten einer juristischen Person, soweit überall solche privatrechtliche Grundsätze bei dieser Frage entscheiden können, nicht abzuleiten ist;

Digitized by Google

in Erwägung, daß sie ebenso wenig erscheint als Selbstfolge der Anstellung eines Beamten zu einem Amte, welches die Verwahrung fremder Gelder mit sich bringt, da die Anstellung solcher Beamten eine durch den Staatsorganismus bedingte Nothwendigkeit ist, und eine Verpflichtung des Staats denjenigen, welcher dadurch benachtheiligt wird, schadlos zu halten weiter, als solche durch die Landesverfassung und sonstige Landesgesetze begründet ist, nicht anerkannt werden kann;

in Erwägung, daß auch der Gesichtspunkt, daß im einzelnen Falle Gelder nicht freiwillig dem Beamten übergeben sind, sondern zufolge gesetzlicher Bestimmung von ihm für Dritte haben gehoben werden müssen, keine strengere Verhaftung herbeigeführt, weil ein Anspruch auf Entschädigung wegen Acte der Gesetzgebung nach der Landesverfassung nicht Statt findet;

in Erwägung endlich, daß der Umstand, daß die Landesregierung, nicht der Unterthan, in der Lage ist, die geeigneten Persönlichkeiten zu den Beamten auszuwählen, diese zu beaufsichtigen und sich Sicherheit für etwaige Veruntreuungen zu verschaffen, nur geeignet ist, einen auf einer etwaigen culpa in diesen Beziehungen beruhenden Anspruch zu begründen, der indessen aus denselben Gründen, wie der wegen Veruntreuung durch den Beamten selbst nur gegen diejenigen Personen gerichtet werden kann, welche vermöge ihres Amtes den Beamten anzustellen und zu beaufsichtigen haben.

II. Civilsenat. Buttemann c. Bremen-Verden'sche Brandkasse, wegen Versicherungsgelder. 9. December 1859.

26.

Negotiorum gestio; Beweislast hinsichtlich des animus repetendi. — Einreden aus der Person des Cedenten gegen den Cessionar.

Der Kläger begehrte Zahlung eines Capitals von 2000 ℛ, indem er sich darauf stützte, daß er im Jahre 1844 dem

Digitized by Google

Sohne des Beklagten ein Gut für den Preis von 20,000 ℛ verkauft, daß der Beklagte unterm 9. December 1844 behuf Abtragung von 2000 ℛ eine Schuldverschreibung über diesen Betrag für den Kläger ausgestellt, daß am 3. Febr. 1847 der Kläger das Gut zurückgekauft und dabei jene 2000 ℛ an den Sohn des Beklagten cedirt habe, daß sodann unterm 23. Febr. 1847 diese Forderung wegen der 2000 ℛ durch Cession abseiten des Sohnes des Beklagten an dessen Ehefrau und unterm 31. August 1847 abseiten dieser Letzteren wieder an den Kläger übergegangen sei.

Der Beklagte opponirte im Wege der Compensation Folgendes: Er habe durch Uebernahme der Schuld ad 2000 ℛ die negotia seines Sohnes gerirt und gegen denselben eine entsprechende Ersatzforderung erworben. Diese Forderung würde er seinem Sohne gegenüber compensando haben geltend machen dürfen, falls dieser ex jure cesso des Klägers die 2000 ℛ für sich begehrt hätte. Da nun der Kläger jetzt wiederum als Cessionar des beklagtischen Sohnes auftrete, so stehe ihm in gleicher Weise die Einrede entgegen. Auch erwähnte der Beklagte, wie ihm von der an seinen Sohn erfolgten Cession vor der ferneren Cession an dessen Ehefrau gar keine Kunde zugegangen sei.

Kläger bestritt das Vorhandensein einer negotiorum gestio und behauptete, der Beklagte habe animo donandi gegen seinen Sohn gehandelt.

Der Große Senat des Königl. Obergerichts in Osterode verwarf die Einrede.

In der Berufungs-Instanz brachte der Beklagte die Einrede wiederum vor und fügte hinzu, er habe die fragliche Verbindlichkeit für seinen Sohn in dessen Auftrage, eventuell mit dem Willen der Rückforderung übernommen, und es stehe ihm aus der Person seines Sohnes die Einrede der Compensation, der Retention und des dolus zur Seite.

Der I. Senat des Königl. Ober-Appellationsgerichts erkannte die Einrede für begründet und liquide, und ließ nur

Digitized by Google

dem Kläger einen Repliken-Beweis darüber nach, daß der Beklagte in liberaler Absicht gegen seinen Sohn gehandelt habe.

In dem Urtheile ist Folgendes ausgesprochen:

„Dagegen muß die fünfte Einrede des Beklagten schon in der Weise, wie solche in erster Instanz substantiirt ist, als erheblich anerkannt werden.

Darüber, daß die materielle Grundlage der klagbar gemachten Darlehnsobligation des Beklagten vom 9. December 1844 lediglich in der Befreiung des Gustav Wallis von einer nach §. 3 des Kaufcontracts vom 12. Aug. 1844 schon bis zum 12. Novbr. 1844 zahlbar gewesenen Kaufschuld im Betrage von 2000 ℛ besteht, nicht etwa vom Kläger dem Beklagten das fragliche Darlehn baar vorgestreckt oder eine selbstständige anderweite Schuld des Beklagten in eine Darlehnsverbindlichkeit desselben dem Kläger gegenüber verwandelt ist, sind beide Parteien einverstanden. Unter der Voraussetzung, daß Gustav Wallis von der lediglich zu seinen Gunsten contrahirten fraglichen Darlehnsobligation den Beklagten zu liberiren oder auch nur demselben etwa geleistete Zahlungen sofort zu vergüten civilrechtlich verpflichtet war, konnte Gustav Wallis als Cessionar des Klägers den Beklagten nicht wirksam belangen, insofern dem Beklagten seinem Sohne Gustav Wallis gegenüber die exceptio *compensationis doli* oder *retentionis* mit der Befugniß, die cedirte Forderung mit der entsprechenden Ersatzverbindlichkeit im Wege der Aufrechnung sofort auszugleichen, unter allen Umständen zugestanden haben würde.

(conf. l. 173 §. 3. D. 50. 17. in Verbindung mit l. 45. pc. §. 2—5. D. 17. 1. l. 6. D. 27. 4. l. 10. §. 138. 17. 1. c. 4. Cod. 4. 31.) Derartige, aus der sachlichen Stellung des Cedenten zur cedirten Forderung originirende Einreden muß auch der Cessionar, hier der Kläger, soweit derselbe als mittelbarer Cessionar des Gustav Wallis in Frage kommt, gegen sich gelten lassen. Die Befugnisse des debitor cessus zur Geltend-

Digitized by Google

machung des aus der Person des Gustav Wallis abgeleiteten desfallsigen Einwandes ist andrerseits nicht ausgeschlossen dadurch, daß der debitor cessus von der vorgenommenen Cession vor dem ferneren Cessionsacte vom 23. Febr. 1847 weder durch den Cessionar Gustav Wallis noch auf andere Weise Kunde erhalten zu haben behauptet, weil Kläger anerkennt, die Rechte auf das fragliche Darlehenscapital mit obligationsmäßigen Zinsen vom 3. Febr. 1847 an definitiv und vollständig dem Gustav Wallis abgetreten zu haben, der Cessionsact vom 3. Februar 1847 als solcher auch nicht etwa rescindirt oder rückgängig gemacht ist, vielmehr Kläger selbst als Rechtsnachfolger des Gustav Wallis im gegenwärtigen Processe in Beziehung auf die fragliche Obligation auftritt und in dieser Eigenschaft allgemeinen Grundsätzen zufolge nicht mehr einklagen kann, als was der bezeichnete Rechtsvorgänger, in Beziehung auf welchen Kläger immerhin als **procurator** *in rem suam* aufzufassen ist, einzuklagen berechtigt sein würde, endlich aber auch aus den das Institut der Certioration bezielenden Gesetzen nicht zu folgern ist, daß, wenn eine Certioration (zur Sicherung des Cessionars) unterbleibt, der debitor cessus nicht berechtigt sei, die Wirkungen einer erweislich vorgekommenen Cession geltend zu machen.

Dasjenige nun, was der Beklagte zur Begründung einer unbedingten Regreßpflicht seines Sohnes Gustav Wallis in Beziehung auf die zu dessen Vortheil contrahirte fragliche Obligation angeführt hat, ist für vollständig ausreichend zu halten, ohne daß der Beklagte zur Begründung seiner desfallsigen Intention noch irgend etwas zu beweisen verpflichtet erscheint. Die durch den Beklagten anerkanntermaßen bewirkte Befreiung des Gustav Wallis von der diesem obgelegenen Verbindlichkeit, die Summe von 2000 ℳ im Laufe des Jahres 1844 an den Kläger zu zahlen, stellt objectiv als eine um den Betrag von 2000 ℳ den Sohn Gustav Wallis berei-

Digitized by Google

hernde Geschäftsführung des Beklagten sich ohne Weiteres dar, wodurch Gustav Wallis als negotiorum gestorum dominus dem Beklagten gegenüber zur Erstattung des übernommenen Schuldcapitals und der ausgelobten Zinsen verpflichtet wurde, selbst wenn, was der Beklagte behauptet, Wallis jun. seinen Vater nicht förmlich zur Ausstellung des Reverses vom 2. August 1844 und der Obligation vom 9. Decbr. 1844 veranlaßt haben sollte im Wege eines Bürgschaftsvertrages, eines pacti de intercedendo oder interveniendo. Der Gesichtspunkt einer ihrem objectiven Thatbestande, ihrer positiven Voraussetzung nach bereits constatirt vorliegenden negotiorum gestio würde nur alsdann ausgeschlossen sein, wenn der Beklagte entweder in Erfüllung einer bereits anderweit bestehenden selbstständigen Verpflichtung oder schenkweise, nicht animo repetendi, zu Gunsten seines Sohnes als Darlehnsschuldner sich obligirt haben sollte. Davon, daß der Beklagte die fraglichen Kaufgelder für seinen Sohn zu zahlen dem letzteren gegenüber gesetzlich oder contractlich verpflichtet gewesen, kann keine Rede sein, weil für eine derartige Annahme nichts vorliegt. Dagegen hat für die den Gesichtspunkt einer negotiorum gestio ausschließende zweite Alternative der Kläger nicht nur speciell das Verhältniß des Beklagten zu seinem Sohne, insbesondere den natürlichen Wunsch des Beklagten, seinem Sohne eine selbstständige Existenz zu verschaffen, geltend gemacht, sondern auch eventuell allgemein behauptet, daß der Beklagte animo donandi und in der Absicht, seinem Sohne ein subsidium paternum damit zuzuwenden, das fragliche Darlehen contrahirt habe; während der Beklagte mit Rücksicht auf den Schluß des Reverses vom 9. Decbr. 1844 allen und jeden animus donandi in Abrede gestellt hat. Gleichwie erhebliche Gründe dafür, daß der negotiorum gestor die Abwesenheit des animus donandi zur Begründung der actio negotiorum gestorum contracia positiv nachzuweisen habe, nicht vorhanden sind, so kann

Digitized by Google

auch im vorliegenden Falle nicht angenommen werden, daß der Beklagte diese an und für sich negative und zugleich rein subjective Voraussetzung der geltend gemachten Regreßpflicht seines Sohnes in rechtliche Gewißheit zu setzen habe, weil abgesehen von dem Falle prästirter Alimente eine allgemeine Rechtsvermuthung dafür, daß Eltern im Zweifel in liberaler Absicht zu Gunsten ihrer Kinder handeln und sich dritten Personen gegenüber obligiren, nicht besteht. Andererseits ist nicht zu bezweifeln, daß eine Regreßpflicht des Sohnes des Beklagten cessiren würde, wenn und so weit der Beklagte zur Zeit der Ausstellung der fraglichen Obligation nicht wirklich die Absicht gehabt haben sollte, seinen Sohn zum Ersatz des fraglichen Capitals und der ausgelobten Zinsen anzustrengen, insbesondere aber die Absicht, dem Sohne den Betrag der für ihn gezahlten Kaufgelder auf dessen demnächstigen Erbtheil in Anrechnung zu bringen, oder eine etwaige später illiberale Willensänderung des Beklagten mit der Annahme einer den Gustav Wallis verpflichtenden nützlichen Geschäftsführung abseiten des Beklagten unvereinbar sein würde. Wie daher der Beklagte zur Begründung seiner Intention an und für sich nichts mehr zu beweisen hat, so ist doch dem Kläger der Beweis seiner eventuellen Replik, daß der Beklagte animo donandi, nicht animo repetendi, gehandelt habe, zu gestatten, um die aus der Person seines Rechtsvorgängers Gustav Wallis abgeleitete desfallsige Einrede zu elidiren ꝛc.

I. Senat. Wallis c. Nolte. 17. Juni 1858.

27.

1. **Einrede der mangelnden Legitimation gegen einen gerichtlich bestellten Curator.**
2. **Rückforderung der dos während bestehender Ehe.**
3. **Beneficium competentiae.**

Die Beklagte ist seit 1856 mit dem Curanden des Klägers verheirathet. In der unter den damaligen Brautleuten

Digitized by Google

am 12. Mai 1856 errichteten Eheſtiftung hat die Beklagte ihrem Verlobten ein Capital von 400 ℛ und verſchiedene andere Gegenſtände in dotem zu inferiren verſprochen. Auch ſollte die Beklagte nach der Eheſtiftung zu dem Bräutigam auf deſſen in Bodenwerder belegene Bürgerſtelle heirathen, um ſolche mit ihm gemeinſchaftlich zu nutzen und zu bewirthſchaften. Die Beklagte lebt indeß ſchon ſeit länger getrennt von ihrem Ehemanne, angeblich in Anlaß ſeiner Mittelloſigkeit und verſchiedentlich von ihm erduldeter Mißhandlungen.

Letzterer iſt im Jahre 1857 mehrfach von ſeinen Creditoren gedrängt und hat theils deshalb, theils weil er wegen Epilepſie ſeinen Angelegenheiten nicht gehörig vorſtehen können, ſich unter freiwillige Curatel des Klägers begeben, welche ſodann unter Zuthun des Amtsgerichtes Polle angeordnet und zur öffentlichen Kunde gebracht iſt.

Der Curator iſt im Mai vor. J. vor dem Obergerichte zu Hameln auf Grund der Eheſtiftung qu. wider die Beklagte mit einer Klage auf Leiſtung der verſchiedenen Inferenda hervorgetreten. Beklagte hat derſelben unter anderen Weigerungsgründen entgegengeſetzt:

die Einrede der Competenz, da ihr Ehemann ſie nicht ernähren könne und ſie das Geforderte zu ihrem nothwendigen Lebensunterhalte bedürfe,

und

den Einwand, daß, da ſie wegen völliger Verarmung ihres zum Concurſe ſtehenden Ehemannes berechtigt ſein würde, ihre dos zurückzufordern, ſie auch nicht gehalten ſei, dieſelbe auszukehren.

Der Grund dieſer Einwendungen iſt der Beklagten zum Beweiſe verſtellt und nach beendetem Beweisverfahren das Reſultat der Beweisführung feſtgeſtellt, wonach von dem klagenden Curator verſchiedene Eide zu leiſten ſind. Beklagte hat hiernächſt in folgenden Richtungen Berufung erhoben:

1) Die Klage hätte ganz zurückgewieſen werden müſſen, weil die Curatel über ihren Ehemann keine nothwendige, von

Digitized by Google

den Gesetzen angeordnete sei und sie daher nicht nöthig habe, den Kläger sich als Proceßgegner obtrudiren zu lassen.

Der Kläger

hat die Zuläßigkeit dieses rein verzögerlichen Einwandes mit Rücksicht auf §. 32 und §. 196 der Proceß-Ordnung bestritten, ihn auch für materiell unerfindlich erklärt.

2) In dem 2. die Competenz betreffenden Einredebeweissatze hätte statt des Wortes „nothdürftig" das Wort standesmäßig gesetzt sein müssen. Im Wege der Anschließung ist vom Kläger beantragt, die aus der Verarmung des Ehemannes der Beklagten entnommene Einrede zu verwerfen. Das Gericht hat darauf erkannt:

1) die von Seiten der Beklagten wider die Legitimation des Klägers erhobene Einrede kann als solche auch noch im jetzigen Stadio des Rechtsstreites zur Geltung gebracht werden, der ihr vom Kläger entgegengesetzte Einwand der Verspätung ist daher unerfindlich. Dagegen kann Beklagte mit Hülfe dieser Einrede eine Zurückweisung der Klage nicht erreichen. Allerdings ist Beklagte, da die über ihren Ehemann und dessen Vermögen angeordnete Curatel eine völlig freiwillige ist, als solche aber nicht auf gesetzlicher Vorschrift beruht und deshalb gegen dritte Personen rechtliche Wirkungen nicht haben kann, nicht gehalten, den Kläger sich als eine von der Person ihres Ehemannes unabhängige Proceßpartei in Beziehung auf die unterliegenden Streitgegenstände aufdrängen zu lassen. Da jedoch die dem Kläger actenmäßig vom Ehemanne der Beklagten übertragene Curatel zugleich eine allgemeine, auch die Befugniß zur Führung von Processen ertheilende Bevollmächtigung enthält, somit der Kläger jedenfalls als Bevollmächtigter des Ehemannes der Beklagten zu seiner bisherigen Thätigkeit befugt war, so muß auch, da Beklagte nicht etwa behauptet hat, daß ihr Ehemann jene seine Bevollmächtigung zurückgenommen habe, das bisher für ihn vom Kläger betriebene Verfahren aufrecht erhalten werden, und nur insoweit der Kläger als selbstständige Proceßpartei behandelt

Digitized by Google

werden würde, insonderheit insofern von ihm die Ableistung von Parteieiden verlangt werden wollte, würde aus dem obigen Grunde des mangelnden Rechtsbestandes der fraglichen Curatel der gerügte Mangel in der Legitimation in Betracht zu ziehen sein.

Ebensowenig erscheint

2) das Verlangen der Beklagten gerechtfertigt, daß bei dem 2. Einredenbeweise das Wort „nothdürftig" in „standesmäßig" verändert werde, da durch das Beneficium competentiae nur die Zurückhaltung des zum eigenen Unterhalte Nothwendigen freigegeben wird.

3) Das ausnahmsweise in den Gesetzen der Ehefrau gestattete Recht, ihr Eingebrachtes vor Trennung der Ehe zurückzufordern, beschränkt sich, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen eines Concurses des Ehemannes und einer Verschleuderung des Vermögens in Folge schlechter Wirthschaftsführung durch den letzteren auf den Fall, wo in Folge einer nach Eingehung der Ehe eingetretenen Verarmung die Ehefrau wegen ihres Eingebrachten gefährdet wird. Möchte beim Vorhandensein der zuletzt gedachten Voraussetzungen nun auch immerhin die Ehefrau berechtigt sein, eine noch nicht gezahlte dos inne zu behalten, so ist dennoch in jener Hinsicht von der Beklagten nicht das Nöthige behauptet.

Die in erster Instanz aufgestellten Behauptungen, daß der Ehemann der Beklagten verarmt oder völlig verarmt und dem Concurse nahe sei, enthalten schon nicht mit genügender Sicherheit die nothwendige Voraussetzung, daß dadurch die Beklagte wegen ihres Eingebrachten gefährdet werde, noch weniger aber die Behauptung, daß dieser Vermögensverfall erst nach Eingehung der Ehe oder doch nach Auslobung des Brautschatzes eingetreten sei, und am wenigsten entsprechen die in dieser Instanz desfalls aufgestellten Behauptungen einer Ueberschuldung oder Verschuldung des Ehemannes der Beklagten obigen Voraussetzungen.

Hiernach wird die Beklagte mit ihren Beschwerden zu-

Digitized by Google

rückgewiesen, dagegen wird auf des Klägers Adhäsionsbeschwerde der 3. Einredenbeweis wegen mangelnder Substanziirung ganz verworfen.

I. Civilsenat. Friedrich c. Meyer als Friedrich'schen Curator. 1. Juli 1858.

28.

Anwendbarkeit der novella 134 cap. 8, wenn die Ehefrau neben dem Manne als Selbstschuldnerin sich verpflichtet.

In der Bestimmung der novella 134 cap. 8 hat der Gesetzgeber, um den den Frauen insbesondere auch den Ehefrauen in Beziehung auf die Uebernahme von Bürgschaften schon durch frühere Gesetze gewährten umfassenden Schutz zu erweitern und gegen Umgehung jener Gesetze zu sichern, die Anwendung der Rechtswohlthat in den allgemeinsten Ausdrücken ohne Rücksicht auf die Form und Bezeichnung der Betheiligung bis auf den alleinigen Ausnahmefall einer Verwendung der angeliehenen Gelder in den Nutzen der Ehefrau auf die von Eheleuten vollzogenen Schuldinstrumente ausgedehnt und ist darin eine Gleichstellung derjenigen Urkunden, in welchen die Ehefrau neben ihrem Ehemanne sich zur Selbstschuld bekennt mit denen, in welchen sie auch äußerlich nur als Bürgin bezeichnet ist, um so mehr zu befinden, als andernfalls, wenn die beliebige Wahl des Ausdrucks zur Umgehung des Gesetzes genügte, die Absicht des Gesetzgebers verletzt sein würde.

III. Civilsenat. Helmholz c. Hage. 11. Novbr. 1858.

29.

Verpflichtung des Gläubigers zur Löschung einer Hypothek.

Jedem Gläubiger, welcher sich zur Sicherung seines Anspruches eine Hypothek hat bestellen und ingrossiren lassen, liegt die rechtliche Verpflichtung ob, nach erfolgter Befriedigung

Digitized by Google

den Schuldner durch Ausstellung einer beglaubigten Quittung oder durch eine genügende Erklärung seiner Einwilligung zur Löschung der Hypothek in den Stand zu setzen, die Löschung der Hypothek beantragen zu können.

III. Senat. Feldmann c. Hugenberg. 28. Juni 1853.

30.

Unzulässigkeit der a. communi dividundo zwischen einzelnen von mehreren Miteigenthümern.

cfr. Nr. 43.

Die Kleinköthner zu Groß-Burgwedel klagten beim Großen Senat des K. Obergerichts in Celle gegen die Halbhöfner von Klein-Burgwedel auf Theilung eines angeblich den Klägern, den Beklagten und den beim Processe nicht betheiligten Großköthnern gemeinschaftlich zugehörigen, in einem Generaltheilungs-Verfahren durch Vereinbarung mit der K. Domainen-Cammer erworbenen Holzbestandes. Es handelte sich auch um die — hier nicht in Betracht kommende — Frage, ob das Eigenthum an dem Holze etwa der juristischen Person der Gemeinde zustehe.

In erster Instanz war die Klage verworfen, weil dieselbe entweder gegen die Gemeinde — falls diese Eigenthümerin wäre — oder gegen sämmtliche Miteigenthümer, also auch die Großköthner, hätte gerichtet werden müssen.

Die Kläger beschwerten sich hierüber im Wege der Berufung und beriefen sich u. A. auf die L. 8. pr. D. comm. divid. 10. 3, um zu deduciren, daß die Theilungsklage gegen einzelne von mehreren Miteigenthümern zulässiger Weise erhoben werden könne. Zugleich erklärten sie, eventuell ihren Antrag darauf beschränken zu wollen, daß nur ihre Antheile aus der Gemeinschaft ausgeschieden würden.

Es entschied aber das Berufungsgericht

in Erwägung, daß die Theilungsklage der Natur der Sache nach lediglich gegen sämmtliche Miteigenthümer ange-

Digitized by Google

stellt werden kann, die von den Klägern angezogene Gesetzesstelle auch dem keineswegs widerspricht;

in Erwägung, daß in dieser Beziehung durch die in den Berufungsanträgen ausgesprochene, eventuell in Frage kommende, Modification des Antrags, welche zwar, weil nur die sich von selbst verstehende Bemerkung enthaltend, daß Kläger nur die Ausscheidung ihres Antheils in der im Klagpetito angegebenen Weise verlangen, als unzulässige Klagänderung nicht anzusehen ist, ein Unterschied überall nicht herbeigeführt wird, weil eben diese Ausscheidung des klägerischen Antheils nicht geschehen kann, ohne die ideellen Antheile der bei dem Processe nicht betheiligten Miteigenthümer zu afficiren;

in Erwägung, daß, sofern die Gemeinde als solche für die Käuferin zu halten, selbstverständlich Kläger gegen die Gemeinde klagbar werden müssen; ꝛc.

wird die Berufung verworfen.

II. Senat. Gehse c. Bostel. 29. Sept. 1854.

31.

Grundsätze des interdictum quod vi aut clam.

In Erwägung, daß die im Tit. 24 D. XLIII. quod vi aut clam enthaltenen Vorschriften des römischen Rechtes weder durch das gegenwärtige Proceßverfahren für verdrängt zu erachten sind, noch auch sonstige Gründe vorliegen, um die Anwendbarkeit jener dem materiellen Rechte angehörenden Bestimmungen für das heutige Recht zu bestreiten;

in Erwägung, daß danach das interdictum quod vi aut clam allemal dann begründet ist, wenn Jemand gegen ein erfolgtes ernstliches Verbot (vi) oder, obwohl er ein solches Verbot erwartete oder erwarten mußte, heimlich bez. ohne dem Betheiligten Anzeige zu machen (clam), mit einem Grundstücke eine dem Prohibenten nachtheilige Veränderung vorgenommen hat;

in Erwägung, daß das Recht zu prohibiren und folgeweise das gedachte Interdict nicht blos dem Eigenthümer des

Digitized by Google

veränderten Grundstücks, sondern auch einem jeden sonst durch Interessirten, mithin auch dem Servitut-Berechtigten, zusteht, l. 11. §. ult. l. 12. l. 13. pr. D. h. t., auch diesem, lediglich auf der Voraussetzung eines Delictes (opus vi aut clam factum) beruhenden Rechtsmittel gegenüber, ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift zufolge, darauf überall Nichts ankommt, ob der Prähibirte etwa ein Recht zur Vornahme der Veränderung hatte oder nicht, das Interdict vielmehr selbst gegen den Eigenthümer des Grund und Bodens stattnehmig ist, wenn dieser mit dem letzteren gegen ein ihm gewordenes Verbot des dritten Interessenten eine diesem nachtheilige Veränderung vorgenommen hat, l. 1. pr. l. 2 u. 3, l. 13. pr. D. h. t.;

in Erwägung, daß somit auch den Beklagten, da sie haben einräumen müssen, ungeachtet eines ihnen wenigstens von einigen der servitutberechtigten Kläger gewordenen Verbots mit der fraglichen Anlage von Buchweizen-Aeckern in der Wister Mark fortgefahren zu haben, nur übrig bleiben würde, ihre vermeintlichen Zuständigkeiten gegen die Kläger wegen der in der prohibitio abseiten der letzteren etwa zu befindenden Störung ihres Besitzes, oder wegen des ihnen als Eigenthümer der Mark oder aus sonstigen Gründen angeblich zustehenden Rechtes zu der fraglichen Anlage im besonderen Verfahren zu verfolgen,

in Erwägung ferner, daß auch der in dem Urtheile voriger Instanz für erheblich erkannte Einwand, auf welchen hin die Klage zurückgewiesen ist, daß die gedachte Neuerung agri colendi causa vorgenommen sei, in den dafür angeführten Gesetzesstellen keine hinlängliche Begründung findet, indem aus der l. 7. §. 7. D. h. t. eine derartige allgemeine Vorschrift, daß jede einem Grundstücke objectiv zur Verbesserung gereichende Aptirung desselben zu Ackerland das Interdict selbst dann ausschließe, wenn die Neuerung dem prohibirenden Interessenten auch zum Nachtheil gereiche, nicht wohl entnommen werden kann, die richtige Interpretation jener Gesetzes-

Digitized by Google

Stelle vielmehr, zumal im Anschlusse an die unmittelbar vorausgehende l. 7. §. 6. D. h. t. zu der Auffassung führt, daß darin unter beispielsweiser Anwendung auf Handlungen der Agricultur, in gleicher Weise wie in der l. 18. pr. D. h. t. an dem dort gewählten Beispiele von Holz-Fällen in Forsten, nur der Grundsatz hat ausgedrückt und bez. erläutert werden sollen, daß eine dem Prohibenten zum Vortheile, oder doch überall nicht zum Nachtheile, gereichende Neuerung das Interdict allerdings nicht begründe;

in Erwägung, daß hiernach eine den Klägern aus der wider ihr Verbot vorgenommenen Anlage von Buchweizen-Aeckern erwachsene nachtheilige Beeinträchtigung ihres Weiderechtes allerdings eine unerläßliche Bedingung der Zulässigkeit der erhobenen Klage quod vi aut clam bildet, ein solcher Nachtheil aber nicht schon ohne Weiteres blos deshalb, weil die Kläger durch die Anlage der Buchweizen-Aecker an dieser Stelle der Wister Mark ihre Weideberechtigung auszuüben behindert werden, sondern nur dann anzunehmen sein würde, wenn der noch übrig bleibende Theil der Wister Mark den Schafen der Kläger keine hinlängliche Weide mehr darbieten, oder den Klägern sonst die Ausübung ihres Weiderechtes erschwert sein sollte;

in Erwägung, daß Kläger nun eine derartige Schmälerung ihres Weiderechtes allerdings behauptet, Beklagter dagegen solches in Abrede gestellt, Kläger mithin den Beweis ihrer Behauptung zu übernehmen haben werden;

in Erwägung, daß die Kläger ferner zwar angeführt haben, daß sie den Beklagten die Veränderung, welche sie mit der fraglichen Grundfläche vorgenommen, verboten bez. durch mehrere ihrer Litisconsorten für sie Alle haben verbieten lassen, was nach l. 3 pr. l. 17 D. h. t. allerdings wirksam geschehen konnte; Beklagte dahingegen, indem sie einräumen, daß einige der Kläger gegen die Anlage protestirt haben, doch die weitergehende Behauptung der letzteren leugnen, diese daher ebenfalls so weit erforderlich von den Klägern zu erweisen ist,

Digitized by Google

wohingegen die fernere Behauptung der letzteren, daß die Beklagten ihr Verbot gegen die Anlage hätten erwarten müssen, mit Recht als thatsächlich nicht genügend substantiirt zurückgewiesen ist;

in Erwägung endlich, daß die Einrede der Verjährung ebenfalls als unbegründet sich darstellt, weil nach deutlicher Vorschrift der l. 15. §. 3 und 4. D. h. t. die für dieses Interdict gegebene kurze Verjährungsfrist erst von Beendigung des Werkes an zu laufen beginnt, die die Kläger angeblich nur beeinträchtigende Anlage der Buchweizen-Aecker aber erst in dem der Klagerhebung voraufgehenden Frühjahre vorgenommen ist;

aus diesen Gründen erkennt der Gerichtshof, unter insoweitiger Wiederaufhebung des Urtheils des Königlichen und Herzoglichen Gesammt-Obergerichts zu Meppen vom 18. September 1858,

daß die erhobene Klage zwar an sich für begründet zu achten, von den Klägern jedoch in Ansehung derselben zu beweisen sei:

1) gestalten ihnen aus der von den Beklagten zugestandener Maßen vorgenommenen Anlage von Buchweizen-Aeckern in der Wister Mark in Beziehung auf die ihnen darin zustehende Schafweide ein wirklicher Nachtheil erwachse,
2) gestalten die Kläger sämmtlich den Beklagten die gedachte Anlage verboten, oder doch durch einige der Kläger im Namen Aller verbieten lassen.

III. Civilsenat. Engeln c. Wiesen. 18. März 1859.

32.

Eine im Kegelspiele contrahirte Schuld ist nicht klagbar.

Es handelt sich um eine Summe von 500 ℛ. — In Erwägung, daß Verträge, welche in Beziehung auf im römischen Rechte nicht speciell erlaubte Spiele eingegangen werden, nichtig sind, so daß selbst das darnach bereits Gezahlte zurückgefordert werden kann;

Digitized by Google

in Erwägung, daß diese Vorschriften auch gegenwärtig annoch Anwendung finden, selbst wenn die einzelnen Spiele, namentlich auch das Kegelspiel, als verbotene nicht mehr anzusehen sein sollten;

in Erwägung, daß die eingeräumtermaßen vorgekommene Art des Kegelspiels und der in Beziehung darauf rücksichtlich des Betrages des Einsatzes eingegangene Vertrag sich als ein wahrer Spielvertrag, nicht aber als eine Wette darstellt, da nicht die Meinungsverschiedenheit über den Erfolg der Würfe, sondern der Gewinn oder Verlust der bestimmten Summe das Motiv des Vertrages gewesen ist;

in Erwägung, daß das behauptete später ertheilte Zahlungsversprechen ebenfalls als ein unwirksames behandelt werden muß, da dasselbe sich auf ein dem obigen nach reprobirtes Schuldverhältniß bezieht, und wenn auch durch ein s. g. constitutum natürliche Verbindlichkeiten zu klagbaren erhoben werden können, dies doch keine Anwendung findet, wenn, wie hier, der ursprünglichen etwaigen Verpflichtung jede rechtliche Wirkung entzogen ist;

in Erwägung, daß hiernach die erhobene Klage mit Recht zurückgewiesen worden, die Berufung also zu verwerfen ist und es solchemnach weder auf den Einwand der mangelhaft substantiirten Klage, noch auf die vom Beklagten wegen seiner Minderjährigkeit oder seiner Qualität als Haussohn rücksichtlich des behaupteten wiederholten Zahlungs-Versprechens vorgebrachten Einwendungen ankömmt.

II. Senat. Dierks c. Mahler. 24. Juni 1859.

33.

Zu Art. 99 der Deutschen Wechselordnung.

Bei eigenen domicilirten Wechseln ist zur Begründung der Wechselklage gegen den Aussteller die erfolgte Präsentation zur Zahlung und Protesterhebung dann nicht erforderlich, wenn neben dem Aussteller ein Domiciliat nicht benannt ist.

II. Senat. Backmeister c. Dresel. 18. März 1859.

Digitized by Google

34.

Bei eigenen, nicht domicilirten Wechseln ist die Präsentation nicht erforderlich.

cfr. 1856 — 1857. Nr. 6.

Zur Entstehung und Begründung des Klagerechts bei eigenen, nicht domicilirten Wechseln ist in Berücksichtigung der mit der Ausstellung selbst zusammenfallenden Acceptation, die Präsentation ihrem regelmäßig in der deutschen Wechselordnung festgehaltenen Zwecke nach nicht für erforderlich zu halten, und wenn auch im vorliegenden Falle bis zu wirklicher Erhebung der Klage eine mora des Verklagten nicht vorhanden gewesen sein mag, so kann doch hierauf, nachdem derselbe eine wechselmäßige Verpflichtung überhaupt bestritten, ein weiteres Gewicht nicht gelegt werden.

II. Senat. Grimm c. Umland. 12. Juli 1858.

35.

Unzulässigkeit der Klagen aus Wechseln im ordentlichen Processe.

cfr. 1854—1855. Nr. 17.

Eine rein formelle Wechselverbindlichkeit, ohne daß es einer sonstigen Begründung der Klage bedürfte, kann nur im Wechselprocesse verfolgt werden, und eine Nothwendigkeit der Gestattung abweichender Grundsätze für den Fall, daß für den ursprünglichen Wechselschuldner nachträglich ein Bürge oder dergleichen eintritt, folgt aus der Natur der Sache keineswegs, indem es zwar in der Natur des Wechselverkehrs begründet ist, daß der Inhaber eines mehrfach indossirten Wechsels häufig außer Stande ist, gegen den Aussteller, Acceptanten oder einen frühern Indossanten einen andern, als den rein formellen Wechselanspruch geltend zu machen, daraus aber einerseits nur folgt, daß, um eine realisirbare Verpflichtung des Bürgen den nur mit einem Wechselanspruch versehenen Gläubigern gegenüber herzustellen, von demselben diejenigen Formalitäten beobachtet werden müssen, welche ge-

Digitized by Google

eignet sind, ihn dem ursprünglichen Wechselschuldner gleich wechselmäßig zu verpflichten, wozu die Mitunterschrift des Wechsels, per aval, ein ausreichendes Mittel gewährt, während andererseits die Zulassung einer ordentlichen Klage gegen den nicht wechselmäßig verpflichteten Bürgen diesen zur Zahlung verpflichten würde, ohne ihm das dieser Verpflichtung correspondirende Recht des Regresses gegen etwaige Vormänner u. s. w. zu gewähren, ihn also schlechter stellen würde, als den ursprünglich Verpflichteten.

III. Senat. Bahre c. Lodtmann. 14. Januar 1859.

36.

Mündlicher Auftrag und Genehmigung nach preußischem Landrechte. Commissionshandel. Verbesserung der Klage.

Die erhobene Klage war auf die Thatsachen gestützt, daß in Folge eines von Seiten des Beklagten dem Agenten M. in E., jedoch nur mündlich ertheilten Auftrages dieser letztere wiederum dem Kläger im September 1854 den von diesem angenommenen und ausgeführten Auftrag ertheilt habe, 100 Ctr. Rüböl pro Mai 1855 nicht unter 25 mk Bco. pro 100 Pfund für Rechnung des Beklagten in Hamburg unter den dort geltenden Platzconditionen zu verkaufen, daß der Beklagte durch einen ihm von M. behändigten sofortigen Brief des Klägers von der Ausführung des fraglichen Auftrages alsbald in Kenntniß gesetzt sei und sich damit dem M. gegenüber einverstanden, gegen den Kläger überall nicht erklärt habe, namentlich nicht etwa mißbilligend zu einer Zeit, wo ein Einkauf einer der verkauften gleichen Quantität zu dem Verkaufspreise noch möglich und somit jeder Nachtheil aus dem Geschäfte zu vermeiden gewesen wäre. Es wurde somit die Verpflichtung des Beklagten zur Erstattung derjenigen Differenz, welche sich zwischen dem dem Kläger aufgegebenen Verkaufspreise und demjenigen Betrage, welchen der Kläger bei nicht erfolgter Deckung der verkauften Quantität Rüböl zum Einkaufe anzulegen genöthigt gewesen, herausgestellt habe, einschließlich der berechneten

Digitized by Google

ortsüblichen Mäklercourtage, Commissionsprovision und verausgabten Porto's, aus dem ertheilten Mandate, eventuell der erfolgten Genehmigung oder nicht sofort geäußerten Mißbilligung der mitgetheilten Ausführung desselben hergeleitet. Wenn nun der Kläger außerdem in der gegenwärtigen Instanz die Form des ihm abseiten des Agenten M. ertheilten Auftrages ausdrücklich als eine schriftliche bezeichnet hat, der Beklagte aber hieraus den im Wege verzögerlicher Einrede geltend gemachten Einwand einer unzulässigen Klagänderung entnehmen zu können vermeint, so kann doch dieser Einwand für begründet nicht erachtet werden. Zwar lassen die Acten erster Instanz nicht erkennen, ob der Kläger schon damals die schriftliche Form des fraglichen Mandates behauptet habe; ebensowenig aber geht daraus hervor, daß der Kläger sich auf einen nur mündlich ertheilten Auftrag des M. berufen habe. Es muß daher dahin gestellt bleiben, ob der Kläger die eine oder die andere Form ausdrücklich behauptet oder ob diese damals überall nicht zur Sprache gebracht ist. Unter diesen Umständen kann die in der jetzigen Instanz erfolgte Behauptung der Schriftlichkeit als eine unzulässige Klagänderung durchaus nicht, jedenfalls aber die desfallsige verzögerliche Einrede nicht als erwiesen angesehen werden. Vielmehr würde darin, wenn auch die fragliche Behauptung eine neue Thatsache enthalten sollte, lediglich eine in der Berufungs-Instanz zulässige Erläuterung oder Verbesserung der Klage zu befinden sein, welche auch als verspätet nicht angesehen werden kann, weil der Kläger schon in seinen Berufungs-Anträgen durch die Anführung, „daß der Agent M. ihn von Emden aus beauftragt habe", in Verbindung mit dem Angebote der über die fragliche Angelegenheit geführten Correspondenz auf unzweideutige Weise zu erkennen gegeben hat, daß er das Zustandekommen des gedachten Mandatverhältnisses auf brieflichem Wege, mithin in derjenigen Form habe behaupten wollen, welche nach Thl. 1. Tit. 5. §. 142 des Allgemeinen Landrechts zwischen Abwesenden die Stelle des schriftlichen Vertrages vertritt.

Digitized by Google

Handelt es sich somit nunmehr um die Frage, ob die von dem Kläger in erster und jetziger Instanz behaupteten Thatsachen, die Richtigkeit derselben vorausgesetzt, die erhobene Klage aus dem einen oder andern der von dem Kläger hervorgehobenen rechtlichen Gesichtspuncte zu begründen geeignet sind, so kann es zunächst nach den Bestimmungen des Thl. 1. Tit. 5. §. 131 und 133 und Tit. 13. §. 8 keinem Zweifel unterliegen, und scheint auch von dem Kläger selbst nicht mehr bestritten zu werden, daß bei einem dem Agenten M. nur mündlich ertheilten Auftrage der Kläger aus einem mit diesem eingegangenen Geschäfte nicht ohne Weiteres gegen den Beklagten würde klagen können. Es kommt daher darauf an, ob von Seiten des Beklagten noch eine Willenserklärung hinzugekommen ist, welche es bewirkt, daß der Kläger aus dem gedachten Geschäfte nunmehr auch gegen Beklagten, gleichwie als den Vollmachtgeber des M. oder aus einem anderen rechtlichen Gesichtspuncte seine Ansprüche würde geltend machen können. Zwar würde, wenn der Kläger sich darauf beschränkt hätte, ein bloßes späteres Anerkenntniß des dem Meiners mündlich ertheilten Mandates abseiten des Beklagten zu behaupten, ein solches allerdings nicht genügen, weil nach deutlicher Vorschrift des beklagtischerseits in Bezug genommenen §. 185 im Thl. 1. Tit. 5 des Landrechts nur ein schriftliches oder zu Protocoll erklärtes Anerkenntniß den Mangel der schriftlichen Form zu heben vermag, und der Kläger nicht hat behaupten können, daß die Erklärung des Beklagten in dieser Form erfolgt sei. Allein der Kläger hat sich nicht blos auf derartiges Anerkenntniß, sondern auf eine von Seiten des Beklagten erklärte Genehmigung oder Ratihabition des zwischen den M. und dem Kläger abgeschlossenen Geschäftes und dessen Ausführung durch den letzteren berufen und eine solche, wenn übrigens in genügender Art erfolgte Willenserklärung muß allerdings geeignet erkannt werden, um auch den Beklagten aus dem auf seinen Namen mit dem Kläger abgeschlossenen Geschäfte dem letzteren gegenüber als verbindlich erscheinen zu

Digitized by Google

lassen. Zwar läßt sich zur Begründung dieser Ansicht keine direct anwendbare specielle Bestimmung des A. L. R. anführen; denn die klägerischerseits in Bezug genommenen Bestimmungen im Thl. 1. Tit. 13. §. 142—144 beziehen sich zunächst nur auf den Fall, wenn der Bevollmächtigte bei übrigens vorausgesetzter gültiger (schriftlicher) Vollmacht die Grenzen seines Auftrages überschritten hat. Allein sowohl allgemeine Rechtsgrundsätze, als auch die den letzterwähnten speciellen gesetzlichen Vorschriften zum Grunde liegende ratio legis rechtfertigen vollkommen die auch schon in verschiedenen hiesigen Urtheilen anerkannte analogische Anwendung derselben auch auf den Fall, wenn Handlungen, welche der Bevollmächtigte, ohne dazu freilich überhaupt durch eine rechtlich gültige Vollmacht legitimirt zu sein, vorgenommen, nachher von dem Machtgeber genehmigt werden. Denn es wäre in der That nicht abzusehen, weshalb in dem Falle, wo der übrigens gültig Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrages überschritten oder sogar gegen den Auftrag gehandelt hat, oder wo eine Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) vorliegt (Thl. 1. Tit. 13. §. 238 und 239), der erfolgten Genehmigung eine größere Wirkung beigelegt werden solle, als in dem Falle, wo die dem Mandatar thatsächlich ertheilt gewesene Vollmacht wegen Mangels der vorgeschriebenen Form allerdings keine rechtlich gültige war. — Es erübrigt daher nur noch die Frage, ob die von dem Kläger behauptete Genehmigung des fraglichen Geschäfts insofern genüge, als dieselbe eben wiederum nur mündlich und nicht dem Kläger, sondern dem M. gegenüber erfolgt sein soll. Aber auch für die Bejahung dieser Frage sprechen überwiegende Gründe. Zwar würde der Umstand, daß auch die bereits mehrfach angezogenen §§. 142—144 im Thl. 1. Tit. 13 des A. L. R. einer schriftlichen Form der dort erwähnten Genehmigung nicht gedenken, allein nicht entscheidend sein, wenn das Gesetz sonst für Willenserklärungen allgemein eine solche Form vorgeschrieben hätte. Allein es ist auch das nicht der Fall, vielmehr ist nach §§. 94 und 95 im Thl. 1. Tit. 4 und

Digitized by Google

§. 40. Tit. 3 jede Art der freien und ernstlichen Willenserklärung wirksam, sofern nicht in den Gesetzen eine bestimmte Form ausdrücklich erfordert ist. Freilich wird nun im Tit. 5. §. 133 auch bei den nicht unter den Begriff von Verträgen fallenden, blos einseitigen Willenserklärungen, welche zur Begründung rechtlicher Verbindlichkeiten dienen können, die schriftliche Form verlangt. Allein es bezieht sich diese Vorschrift einestheils nur auf solche einseitige Willenserklärungen, deren Folgen sich auf die Zukunft erstrecken sollen, so daß solche Willensäußerungen, durch welche schon in der Vergangenheit liegenden Handlungen oder Begebenheiten nachträglich auch für oder wider den Erklärenden rechtliche Wirksamkeit gegeben werden soll, nicht unter jene Vorschrift zu fallen scheinen. Anderntheils ist aber auch die Beobachtung der im §. 133 vorgeschriebenen schriftlichen Form zur Gültigkeit der Willenserklärung nicht ausdrücklich erfordert, denn der eine desfallsige allgemeine Bestimmung enthaltende §. 109 bezieht sich nur auf Verträge, und es würde daher nach den citirten §§. 40 und 41 im Thl. 1. Tit. 3 die Verabsäumung der gesetzlichen Form noch nicht die Ungültigkeit der Erklärung zur Folge haben. Muß daher auch im vorliegenden Falle die nur mündlich erfolgte Genehmigung des dem Kläger von M. ertheilten Auftrages und dessen Ausführung für genügend erachtet werden, um die in Anspruch genommene Verbindlichkeit des Beklagten zu begründen, so kommt endlich, zumal nach Analogie der in §§. 91 und 96 Thl. 1. Tit. 13 enthaltenen Vorschriften, auch darauf Nichts an, daß dieselbe nicht dem Kläger selbst, sondern dem M. gegenüber erfolgt ist, indem durch die gegen den letzteren erklärte Ratihabition des von diesem im angeblichen Auftrage des Beklagten mit dem Kläger eingegangenen Geschäftes eben dieselben Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den verschiedenen Contrahenten begründet wurden, als wenn der M. in Folge eines wirklichen von Anfang an gültigen Mandates gehandelt hätte.

Wenn nun der Kläger alternativ neben der behaupteten

Digitized by Google

ausdrücklichen Genehmigung sich auch darauf berufen zu können vermeint, daß der Beklagte es unterlassen habe, sogleich nach erhaltener Kenntniß von der Ausführung des dem Kläger aufgetragenen Geschäftes, dem letzteren seine Mißbilligung desselben zu erkennen zu geben, so kann hieraus eine Verantwortlichkeit des Beklagten allerdings nicht hergeleitet werden.

Denn das bloße Stillschweigen soll nach ausdrücklicher Vorschrift im Thl. 1. Tit. 4. §. 61 nur dann der Einwilligung gleich geachtet werden, wenn der Schweigende sich erklären konnte und vermöge des Gesetzes dazu verbunden war. Obwohl nun nach Vorschrift der §§. 145 und 146. Thl. 1. Tit. 13 in dem Falle, wo der durch eine gültige Vollmacht legitimirte Mandatar die Grenzen seines Auftrages überschritten hat, der Mandant dennoch verpflichtet ist, sogleich nach erhaltener Nachricht von dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte über dessen Billigung oder Mißbilligung sich zu erklären, so rechtfertigt doch die diesen Bestimmungen zum Grunde liegende Rücksicht noch nicht die analogische Anwendung derselben auf den Fall, wenn Jemand ohne Auftrag oder, was dem gleichsteht, ohne einen rechtlich gültigen Auftrag für einen Andern mit Dritten Geschäfte abschließt, da in der Regel Niemand befugt ist, als Mandatar eines Andern ohne erhaltene Vollmacht aufzutreten und daher auch derjenige, welcher sich mit einem solchen nicht legitimirten Bevollmächtigten einläßt, nicht zu erwarten berechtigt ist, daß der Mandant nach erhaltener Wissenschaft das Geschäft genehmigen oder sofort widersprechen werde.

Unbegründet ist endlich auch der Einwand des Beklagten, daß Kläger nicht behauptet habe, auch zu dem von ihm behuf Deckung des verkauften, aber vom Beklagten nicht gelieferten Rüböls geschehenen Einkaufe einer gleichen Quantität zum dermaligen Tagescourse Auftrag erhalten zu haben. Denn nach der von Seiten des Beklagten erfolgten Genehmigung des dem Kläger durch den Agenten M. gewordenen Auftrages war jener schuldig, für die zeitige Deckung zu sorgen, und insofern er

Digitized by Google

dies unterließ, war der Kläger, da er als Commissionair nach den Grundsätzen des Commissionsgeschäftes seinen Käufern persönlich verpflichtet wurde, berechtigt, ohne eines desfallsigen besonderen Auftrages zu bedürfen, sich durch Einkauf einer gleichen Quantität in den Stand zu setzen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Wenn nun Kläger zu dem Ende genöthigt war, höhere Preise zu bezahlen, so erscheint die Verbindlichkeit des Beklagten zur Erstattung der entstandenen Differenz und der ortsüblichen Mäklercourtage und Provisionsgebühr nebst gehabten Auslagen unzweifelhaft begründet. Da jedoch der Beklagte die sämmtlichen zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen geleugnet hat, so wird Kläger zunächst außer den in den schriftlichen Berufungsanträgen offerirten Beweisen auch noch die Ortsüblichkeit der berechneten Gebühren und die Richtigkeit der Auslagen zu erweisen haben, während es bei der jedenfalls darzuthuenden Ratihabition von Seiten des Beklagten auf den besonderen Beweis der voraufgegangenen an sich irrelevanten mündlichen Beauftragung des M. nicht weiter ankommt.

III. Senat. Rimpau c. Heyl. 10. Februar 1858.

Aehnliche Entscheidungen sind vom III. Senate in folgenden Sachen abgegeben:

Herz c. Leers. 9. Februar 1857. Eyken Sluyters und van Santen c. Leers. 9. Februar 1857. Halfelder c. Leers. 9. Februar 1857. Gallenkamp c. Otten. 20. Januar 1859.

37.

Fortdauer der Dotalprivilegien gegen den Ehemann, welcher die dos als Adventitiengut seiner Kinder verwaltet.

Die Kinder des Cridars verlangen als Erben ihrer Mutter die Herausgabe der von ihrer Mutter eingebrachten dos und

Digitized by Google

beanspruchen für ihre Forderung das privilegirte gesetzliche Pfandrecht.

Es steht fest, daß der Cridar kraft väterlicher Gewalt seit dem Tode seiner Ehefrau die mütterliche Erbschaft seiner Kinder in Nutznießung und Administration gehabt hat. Der Curator bestreitet den Anspruch der Kinder, weil denselben die mütterliche dos seit dem Augenblicke, in welchem der Vater die Verwaltung derselben als eines Adventitienguts übernommen habe, die dos als solche restituirt sei und jetzt nur ein Anspruch gegen den Cridar aus jener Verwaltung des Adventitiengutes geltend gemacht werden könne.

Das Gericht entschied zu Gunsten der Kläger, weil das im vorliegenden Falle auf die Kinder der verstorbenen Ehefrau des Cridars übergegangene Dotalprivilegium seinem Inhalte und Zwecke nach erst in der wirklichen Befriedigung der Berechtigten und also regelmäßig in der Restitution des Brautschatzes seinen Erlöschungsgrund findet, und die Kinder zur Anstellung einer desfallsigen Klage gegen ihren Vater als gesetzlichen Inhaber und Verwalter des mütterlichen Erbtheils vor Ende der väterlichen Gewalt außer Stande sich befinden und im Uebrigen der Vater in keiner Weise für befugt erachtet werden kann, die rechtsbegründeten Ansprüche seiner Kinder durch einseitige Handlungen außer Wirksamkeit zu setzen.

II. Senat. Arenhold curator c. Arenhold. 26. October 1858.

38.

Alimentationspflicht nach geschiedener Ehe.

1. Der schuldige Ehemann ist den Rechten nach nur dann schuldig, die geschiedene Ehefrau standesgemäß zu ernähren, wenn ihr eigenes Vermögen nicht zureicht; es kann jedoch der letzteren nicht angesonnen werden, die Substanz ihres Brautschatzes oder ihres sonstigen Vermögens zum Zwecke ihrer Alimentation anzugreifen, vielmehr tritt die Alimentationspflicht

Digitized by Google

des Mannes schon im Falle der Insufficienz der Aufkünfte des Vermögens der geschiedenen Frau ein.

2. Die Ehefrau, als unschuldiger Theil, ist im Vermögensfalle des Vaters zur Alimentation der ihr zur Erziehung zugewiesenen Kinder den Gesetzen zufolge auch dann nicht verpflichtet, wenn ihr eigenes Vermögen dazu ausreichen würde.

3. Die für den Fall der Ehescheidung gegebenen Vorschriften des römischen Rechts über den Verlust eines Viertheils des Vermögens des schuldigen Theils in Ermangelung der Einbringung einer dos oder donatio propter nuptias finden im heutigen Rechte keine Anwendung.

II. Senat. Hilfers c. Hilfers wegen Ehescheidung. 20. April 1859.

39.

Auch während Bestehens der allgemeinen Gütergemeinschaft hat die Ehefrau personam standi in judicio.

Kläger verlangt Auszahlung eines angeblich der Beklagten von ihrem Vater auferlegten Oralfideicommisses und hat die Beklagte, welche in Hamburg verheirathet ist, unter Assistenz ihres Ehemannes als Geschlechtscurators belangt.

Beklagte bestreitet ihre Passiv-Legitimation, da nur ihr Mann allein als Proceßpartei habe belangt werden können, weil sie mit demselben in der zu Hamburg geltenden allgemeinen Gütergemeinschaft lebe und die Erbschaft ihres Vaters, aus welcher das behauptete Oralfideicommiß zu zahlen sein würde, während Bestehens der fraglichen Gütergemeinschaft angefallen sei.

Das Proceßgericht Obergericht Stade erkannte den Einwand für begründet.

Das Berufungsgericht hob jedoch diese Entscheidung auf,

weil die in den Acten liegenden Anerkenntnisse der Parteien, daß in Hamburg allgemeine Gütergemeinschaft bestehe und daß das Bliedung'sche Ehepaar nach Hamburger Güterrecht lebe, weder an und für sich noch auch in Verbindung

Digitized by Google

mit dem apponirten Atteste des Obergerichts in Hamburg die Annahme begründen, daß die Ehefrau Bliedung alle und jede personam standi in judicio so vollständig verloren habe, daß der Ehemann als solcher unter allen Umständen ausschließlich und nach eigener Willkür Namens derselben vor Gericht zu handeln berechtigt und verpflichtet, insbesondere die rechtliche Möglichkeit, die Ehefrau in Assistenz des Ehemannes oder gleichzeitig neben demselben aus eigenen Handlungen der Ehefrau oder aus persönlichen Auflagen zu belangen von vornherein völlig ausgeschlossen sein sollte, mithin der Umstand, daß der Kläger sich geweigert hat, den mitverklagten Ehemann als alleinigen Proceßgegner anzuerkennen und die neben demselben verklagte Ehefrau von aller Theilnahme am Processe zu entbinden, die von dem Gerichte erster Instanz erkannte Abweisung der Klage in angebrachter Maße zu rechtfertigen nicht geeignet ist, während über die Frage, ob und in wie weit der mitverklagte Ehemann für etwaige Handlungen seiner Ehefrau persönlich, oder mit dem unter seiner Verwaltung befindlichen Gesammtgute aufkommen, oder derselben vom Erblasser persönlich auferlegte Verpflichtungen erfüllen muß, zur Zeit überall keine Entscheidung beantragt ist, so wird das Urtheil des Obergerichts Stade wieder aufgehoben, und weitere Verhandlung der Hauptsache vor dem Gerichte erster Instanz angeordnet.

II. Senat. Duhne c. Bliedung. 17. Juni 1859.

40.

Nothwendigkeit der öffentlichen oder gerichtlichen Verkündigung für die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft und die Constituirung eines Sondergutes, insbesondere in der Stadt Hildesheim.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß durch Uebereinkunft die Aufhebung der Gütergemeinschaft bewirkt werden kann, doch ist nach den aus der Natur und dem Zwecke der allgemeinen Gütergemeinschaft abzuleitenden, auch in der Stadt

Digitized by Google

Hildesheim gerichtskundigermaßen Anwendung findenden Grundsätzen die Aufhebung den Gläubigern gegenüber überall nicht von Wirkung, wenn die Aufhebung vor Gericht oder öffentlich nicht verkündigt ist.

Die Bestellung von Sondergut zur Zeit der Eingehung oder während Bestehens der Ehe ist allerdings geeignet, eine Ausnahme zu begründen, und wenn auch in den Angaben der Liquidanten hinsichtlich der bei ihrer Verheirathung ihrem Ehemanne zugebrachten Gelder und Sachen und gleichmäßig wegen später erworbener Sachen und Forderungen Thatsachen zu erblicken sein möchten, welche den Ausdruck der Absicht ein Sondergut zu constituiren enthielten, so würde diese Constituirung doch ebenso den Gläubigern gegenüber nicht für rechtlich wirksam zu erachten sein und diese nicht hindern können, die fraglichen Vermögensobjecte zu ihrer Befriedigung heranzuziehen, wenn nicht die Förmlichkeit der Verkündigung beobachtet worden ist.

I. Civilsenat. Schilling c. Schilling curator wegen Dotal- und Eigenthums-Ansprüche. 24. Juni 1858.

41.

Berechnung des Antheils, welchen Kinder erster Ehe von den an den zweiten Ehegatten gemachten Schenkungen verlangen können.

Die Klage geht davon aus, daß in der Uebertragung einer Stelle von dem Erblasser Johann Ludolph Kischer an die Beklagte, seine zweite Ehefrau eine Schenkung liege, welche theilweis für den Pupillen der Kläger eingefordert werden könne.

Das Gericht erster Instanz hatte entschieden, daß eine Tochter erster Ehe des Johann Ludolph Kischer verehelichte Logemann, ohnerachtet sie bei Lebzeiten des Vaters von dessen ganzem Vermögen gänzlich abgefunden worden, für die Bestimmung des Antheils, zu welchem für den klägerischen Pu-

Digitized by Google

pillen Johann Heinrich Kischer der über 40 ℛ hinaus der Verklagten geschenkte Theil des Werthes der fraglichen Stelle eingefordert werden könne, in computum zu ziehen sei. Hierdurch erachteten sich Kläger beschwert. Das Berufungsgericht verwarf die Beschwerde mit folgenden Entscheidungsgründen.

Eine Beseitigung des Rechtes der Logemann aus der novella 22 caput 27 u. 28 konnte nicht durch einseitige Dispositionen des Vaters bewirkt werden. Nur eine vertragsmäßige Abfindung derselben von dessen gesammtem Vermögen würde hier also in Betracht kommen können.

Die Frage, ob eine solche als durch confessa der Verklagten in rechtliche Gewißheit gesetzt, oder aber noch eines Beweises bedürftig sei, bedarf aber dann keiner Entscheidung, wenn auch jener vertragsmäßigen Abfindung der Logemann ein rechtlicher Einfluß auf die Frage, zu welchem Betrage der Kläger-Pupill das Uebermaß der Schenkung für sich einzufordern berechtigt sei, nicht beizumessen ist. Diese Voraussetzung trifft aber hier zu.

Ein Accescenzrecht hinsichts desjenigen Antheils, welcher auf ein für die Verfolgung der Rechte aus einer Schenkung an den zweiten Ehegatten ausfallendes Kind gefallen wäre, zu Gunsten der übrigen dazu berechtigten Kinder ist in unsern Rechtsquellen nicht besonders festgestellt. An genügenden Gründen, ein solches nichtsdestoweniger als vom Gesetzgeber gewollt anzusehen, fehlt es aber. Das Accescenzrecht gehört dem Erbrechte an. Selbst hinsichts der querela inofficiosi testamenti findet es nach l. 8. §. 8 und l. 22. §. 1 nur ausnahmsweise und zwar nur in dem Sinne statt, daß in den bezüglichen Fällen der Eine die dem Andern zuständige Querel aus dessen Person, aber zu eigenem Nutzen durchfechten kann. Die Worte, deren sich die Uebersetzung der Novelle 22 cap. 27 in der Vulgata bedient:

quippe dudum quarta nunc tertia etc.
parte omnino filiis relinquenda,

können aber die Annahme nicht begründen, die hier den Kin-

Digitized by Google

dern früherer Ehe hinsichts der Schenkung an den zweiten Ehegatten beigelegten Rechte seien vom Gesetzgeber als Erweiterung der Pflichttheilsberechtigung aufgefaßt, folglich, da die fragliche Schenkung keiner besonderen Rescission durch eine querela bedarf, sondern ipso jure zu Gunsten der Kinder erster Ehe als non facta gelten soll, ein ohne Weiteres eintretendes Accescenzrecht hierbei gewollt.

Sie sind hierzu umsoweniger geeignet, weil in jenen Worten der Novelle nur der Inhalt der l. 1 Codicis de secundis nuptiis wiedergegeben werden soll, diese Constitution aber klar ergiebt, daß mit jenem passus nur daran ausdrücklich erinnert werden sollte, neben jenen neuen Bestimmungen sollen ungeschmälert diejenigen Geltung finden, welche den einzelnen Kindern den Pflichttheil sichern.

Ebensowenig würde der Umstand, daß beide Kaiser, Leo und Justinian dieses hervorzuheben für nöthig erachteten, verbunden damit, daß, wie bei der Erbfolge, so auch hier für die Fragen, wer die Rechte auf die Schenkung an den zweiten Ehegatten geltend machen könne, und ob und in wie weit eine verletzende Schenkung überall vorliege, der Augenblick des Todes des Schenkers entscheidend sein solle, zur Begründung der Annahme genügen, daß den Kindern erster Ehe jene Befugnisse nur insofern zustehen sollen, als sie Erben des Schenkers geworden seien. Daß aber umgekehrt jene Befugnisse der Kinder erster Ehe überall nicht davon abhängen sollen, ob sie Erben des Schenkers werden und in wie weit sie es werden, muß schon daraus geschlossen werden, daß ausdrücklich gesagt ist, wie immer auch ihr sonstiges Theilnahme-Verhältniß an dem Vermögen des Schenkers sein möge, das Uebermaß der Schenkung solle ihnen zu gleichen Theilen zufallen.

Wie nun hierdurch die Anwendbarkeit des Accescenzrechts ausgeschlossen wird, während die Annahme, es habe den Kindern erster Ehe in solidum — dergestalt, daß jedes von ihnen zur Einforderung des Ganzen legitimirt wäre und nur sie unter sich auszumachen haben, wer von ihnen daran Theil

Digitized by Google

nehmen könne — dies Uebermaß der Schenkung an den zweiten Ehegatten zugesprochen werden sollen, durch den Inhalt der gedachten beiden Gesetze nicht begründet wird, so macht auch jener Nachweis, daß die fraglichen Zuständigkeiten der Kinder erster Ehe unabhängig sind von ihrem Erbewerden, es unthunlich, einer deutschrechtlichen vertragsmäßigen Abfindung eines der Kinder erster Ehe von dem Vermögen des Vaters die Wirkung beizumessen, daß dieses Kind für die Bestimmung des Theilnahme-Verhältnisses der übrigen Kinder an dem Uebermaße der Schenkung nicht in Betracht komme. Denn in wie weit jene Vereinbarung einen Verzicht des fraglichen Kindes, also hier der Logemann, enthält auf jeden weiteren Zuwachs ihres Vermögens aus demjenigen ihres Vaters oder auch auf Anfechtung eines von ihrem Vater in Bezug auf dessen damals ihm gebliebenes Vermögen vorgenommenen Rechtsgeschäfts, also auch die hier fragliche Schenkung, kann diesem Verzichte keine stärkere und andere Wirkung beigelegt werden, als einem erst nach dem Tode des Schenkers in Bezug auf Letzteres ausgesprochenen Verzichte. Dieser würde aber für die Bestimmung der rata, zu welcher Kläger zur Einforderung des Ueberschusses der Schenkung activ legitimirt sind, ohne Einfluß bleiben müssen. In wie weit aber in Demjenigen, wgs der Logemann auf Grund jener Vereinbarung geworden ist, zugleich eine anticipirte Realisirung ihres Erbrechts enthalten ist, kann solches hier um deswillen keine Erweiterung der Befugnisse der Kläger bewirken, weil gezeigtermaßen die Berechtigung aus Cap. 27 der Novelle 22 nicht eine Erweiterung des Intestaterbrechts oder der Pflichttheilsberechtigung der Kinder erster Ehe enthält, sondern völlig unabhängig davon ist, ob und in welchem Verhältnisse sie Erben des Schenkers werden.

I. Civilsenat. Kischer'sche Vormünder c. Ehefrau Meyer. 17. Juni 1858.

Digitized by Google

42.

Recht der Notherben auf Abzug der Quart neben dem Pflichttheile einem Singularfideicommissar gegenüber.

Der Vater der Kläger hat seine Kinder zu gleichen Theilen als Erben eingesetzt, seiner Ehefrau aber den lebenslänglichen Nießbrauch an seinem ganzen Vermögen hinterlassen.

Die Kinder klagen auf Herausgabe ihres Pflichttheils und der ihnen als Notherben zustehenden Quart.

Beide Ansprüche sind bestritten; der letztere deshalb weil bei Singularfideicommissen das cap. 18 X. de testamentis 3, 26 nicht zur Anwendung komme. Das Gericht erkannte:

Der Anspruch der Kläger auf ihren Pflichttheil erscheint als rechtlich begründet; daneben aber auch derjenige auf die quarta Falcidia, da, wenngleich das canonische Recht diesen doppelten Anspruch ausdrücklich nur bei Kindern und Universalfideicommissen zugelassen hat, doch damit ein Grundsatz zur gesetzlichen Anerkennung gelangt ist, der ungeachtet seines Widerspruchs mit den Grundsätzen des römischen Rechtes vernünftiger Weise weder auf Universalfideicommisse zu beschränken, vielmehr wie auf alle Pflichttheilsberechtigte so auch auf alle Vermächtnisse zur Anwendung zu bringen ist.

II. Civilsenat. v. Essen c. Meyer. 2. December 1858.

43.

Zulässigkeit der Erbtheilungsklage gegen einzelne von mehreren Miterben.

cfr. Nr. 30.

Die Klage war beim Großen Senate des Königlichen Obergerichts zu Hannover erhoben und auf Theilung gewisser durch Erbgang auf die Parteien übergegangener Werthpapiere gerichtet. In dem Processe war einer der Miterben als Kläger, und einige derselben als Beklagte betheiligt, während noch einige andere Miterben vorhanden waren, welche an dem Processe überall keinen Theil nahmen.

Digitized by Google

In der Berufungs-Instanz machten die Beklagten u. A. geltend, daß die Klage gegen sämmtliche Miterben hätte gerichtet werden müssen und in der erhobenen Art unzuläſſig ſei.

Der I. Civilſenat des Königl. Ober-Appellationsgerichts ſprach ſich hierüber in folgender Art aus:

In Erwägung, daß die Erbtheilungsklage auch bei an ſich untheilbaren Gegenſtänden nicht als davon abhängig oder nur dann als ſtattnehmig anzuſehen iſt, wenn ſämmtliche Miterben als Mitkläger oder Mitbeklagte zu dem Theilungsverfahren herangezogen ſind oder ſich dabei betheiligen, vielmehr durch die Nichttheilnahme einzelner Miterben an dieſem Verfahren nur bewirkt wird, daß die nicht Theilnehmenden durch dasjenige, was die Theilnehmer unter ſich feſtſetzen oder was für ſie feſtgeſetzt wird, nicht gebunden erſcheinen ꝛc.

I. Civilſenat. Kunke c. Kunke. 3. Februar 1858.

44.

Die Erbtheilungsklage iſt nicht durch das Vorhandenſein gemeinſchaftlicher körperlicher Erbſchaftsſachen bedingt. — Die Namhaftmachung eines beſtimmten Rechtsgrundes für die Klage ſchließt nicht die richterliche Anwendung anderer Rechtsgründe aus.

Der Kläger begehrte Theilung des den Parteien gemeinſam angefallenen älterlichen Nachlaſſes und Herausgabe ſeines Erbtheils nach einer eidlich zu erhärtenden Specification. Er trug vor, daß der Beklagte die zum Nachlaſſe gehörigen Objecte an ſich genommen habe. Die Immobilien ſeien zum Verkaufe gebracht und vom Beklagten ſelbſt gekauft. Die Mobilien ſeien verkauft und die desfallſigen Kaufgelder vom Beklagten gehoben. Die Antheile des Klägers ſeien noch nicht berichtigt. Bei der Verhandlung hat der Kläger angegeben, daß die Klage die Erbtheilungsklage ſei.

Der Beklagte beſtritt nicht das Miterbrecht des Klägers, behauptete aber, die geſchehenen Verkäufe ſeien unter Theilnahme eines vom Kläger ſelbſt dazu beauftragt geweſenen

Digitized by Google

ꝛc. Kellermann vorgenommen, und stellte die Erbtheilungsklage sowie die hereditatis petitio als nicht begründet dar.

Der Große Senat des Königl. Obergerichts in Göttingen verwarf die Klage, weil es an der zur Begründung der Erbtheilungsklage erforderlichen Gemeinschaft zwischen beiden Parteien fehle.

Auf die Berufung des Klägers erließ der I. Senat des Königl. Ober-Appellationsgerichts ein reformatorium, indem er die Erbtheilungsklage und bezw. die hereditatis petitio für begründet erkannte und folgende Erwägungen aussprach:

„Die Erbtheilungsklage fordert zu ihrer Begründung nur, daß denen, zwischen welchen jene stattfinden soll, eine Erbschaft gemeinschaftlich angefallen sei. So wenig die unter ihnen hierdurch begründete Gemeinschaft allein die in der Erbschaft befindlichen Sachen bezielt, so wenig kann die mit der Erbtheilungsklage zu begehrende Erbauseinandersetzung dadurch ausgeschlossen werden, daß etwa alle in die Erbschaft gehörigen Sachen bereits aus jener und somit aus der hinsichts solcher begründeten Gemeinschaft herausgetreten sind. Die angestellte Erbtheilungsklage war demnach nicht zurückzuweisen.

Die bezügliche Erklärung des Klägers im Verhandlungstermine vom 5. November 1857 genügt aber nicht zur Begründung der Annahme, daß nur die familiae erciscundae actio habe angestellt werden sollen.

Eine Herausgabe resp. Vergütung der aus der Erbschaft an Verklagten gelangten Gegenstände oder Werthe kann Kläger zu seinem Antheile jedenfalls verlangen. In wie weit dazu nicht das familiae erciscundae judicum ausreichend erscheint, ist es die hereditatis petitio, die keineswegs auf den Fall der Bestreitung des Erbrechts beschränkt ist, sondern jede Verletzung desselben zu bekämpfen, und den Stoff für die Erbtheilung herbeizuschaffen dient, in sofern aber unbedenklich mit der Erbtheilungsklage verbunden werden kann.

Eine solche Verletzung von Klägers Erbrecht würde darin liegen, wenn Verklagter Erbschaftsgegenstände oder nachdem

Digitized by Google

er sie verkauft, den Preis für solche unter sich hätte; es würde dies selbst da gelten, wo er diese Sachen, deren öffentlichen Verkauf er veranlaßte, selbst gekauft hat und den versprochenen Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, da er diesen nicht bloß als Käufer, sondern zugleich als Miterbe unter sich haben würde. Wäre aber der Verkauf der zu der Erbschaft gehörigen Mobilien, wie Verklagter behauptet, Kläger aber leugnet, gemeinschaftlich mit Jenen von dem geständiger Maßen seitens des Klägers hiezu beauftragten Heinrich Kellermann vorgenommen, so hätte Verklagter hinsichts der Mobilien Forderungen eincassirt, welche beiden Theilen als Erben und Verkäufern gemeinschaftlich waren. Hinsichts der Immobilien aber würde in jenem Falle dem Verkaufe derselben an den Miterben nur der Sinn beizumessen sein, daß jener den versprochenen Preis statt der Immobilien in die zu theilende Erbschaft einwerfen solle. In gedachtem Falle würde also das familiae erciscundae judicum dazu ausreichen, um den Verklagten zu nöthigen, daß er dem Kläger seinen Antheil an dem Preise der Immobilien, wie der verkauften Mobilien vergüte, die hereditatis petitio also zu diesem Ende nicht einst erforderlich sein. Es bedarf sonach in Bezug auf die Verpflichtung des Verklagten zur Vergütung jener Preise an den Kläger keiner Beweisführung mehr. Die Manifestirung der vom Verklagten erhobenen Kaufgelder für die verkauften Mobilien vom Verklagten zu verlangen, ist Kläger befugt ꝛc.

I. Senat. Heise c. Heise. 4. Mai 1858.

45.

Rechtliche Natur der außerordentlichen Deichlast. — Entstehung der Verpflichtung durch Gemeinheitsrecht, unvordenkliche Verjährung. — Herkommen.

cfr. auch Nr. 1—4.

Verschiedene Grundbesitzer verlangen von der Königl. Domainen-Cammer, daß von dieser die Kosten der Herstellung

Digitized by Google

des Artlenburger Deichbruchs vom Jahre 1855 übernommen werde, da dem domanio die außerordentliche Deichlast obliege.

Sie stützten ihre Klage in erster Instanz auf Gemeinheitsrecht und unvordenkliche Verjährung und wurden ihnen in beider Richtung Beweise nachgelassen.

In zweiter Instanz erklärten sie, ihre Klage auch auf ein deutschrechtliches Herkommen stützen zu wollen.

Auf Berufung des Beklagten hob das Ober-Appellationsgericht den in erster Instanz auf die Existenz eines Gewohnheitsrechtes gerichteten Beweis wieder auf und sprach dabei aus:

Es ist aus der rechtlichen Natur des Gewohnheitsrechtes zwar ein Grund gegen die Zulässigkeit einer gewohnheitsrechtlichen Begründung der in Rede stehenden Verpflichtung des domanii dann nicht herzunehmen, wenn dabei von einem zwischen beiden Theilen bestehenden Rechtsverhältnisse abgesehen wird und es sich lediglich um einen das domanium zu einer bestimmten Leistung verpflichtenden Rechtssatz handelt.

Dagegen muß die außerordentliche Deichlast nach ihrem Zwecke und der durch Rücksichten der allgemeinen Sicherheit gebotenen Nothwendigkeit als eine auf den geschützten Grundstücken haftende und davon unzertrennliche Reallast betrachtet werden, welcher Grundsatz auch in den meisten Deichordnungen, insbesondere auch in der Lauenburgischen Deichordnung mit Consequenz durchgeführt ist. Hiernach ist auch die rechtliche Natur der Deichlast die Entstehung eines gewohnheitsrechtlichen objectiven Rechtssatzes, daß die Deichlast auf dem domanio im Gegensatze der im Deichschutze belegenen Grundstücke ruhe, ausgeschlossen.

Ferner unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß, die Deichlast als Reallast vorausgesetzt, der Inhaber der verpflichteten Grundstücke auf Grund besonderer Rechtstitel dritte Personen zur Abnahme der Last, beziehungsweis zur Erstattung der verausgabten Kosten anzuhalten befugt sein kann. Es würde aber, sofern letzteres der Fall, nicht etwa ein Rechtssatz, sondern vielmehr auf Seiten der Besitzer der deichpflichtigen Län-

Digitized by Google

derrien ein subjectives Recht in Frage stehen, welches richtiger Theorie zufolge einem eigentlichen Gewohnheitsrechte seine Entstehung nicht verdanken kann. Auch der von den Klägern in dieser Instanz hervorgehobene Gesichtspunkt eines deutschrechtlichen Herkommens ist für unzulässig zu erkennen, nachdem Kläger hierin in voriger Instanz durch die von ihnen ertheilte Erläuterung der Begründung ihrer Klage selbst abstrahirt haben.

Dagegen ist die unvordenkliche Uebung wohl geeignet, die Entstehung des in Frage stehenden, ein subjectives Recht und eine entsprechende Verpflichtung zum Gegenstande habenden Rechtsverhältnisses zu begründen, und steht insbesondere der Mangel eines zwischen den angeblich Berechtigten stattfindenden juristischen Bandes nicht entgegen, da dem prätendirten Rechte der Kläger jedenfalls ein durch den Deichschutz begründetes gemeinsames factisches Verhältniß zu Grunde gelegt ist. Auch genügte es vollkommen, das domanium als das verpflichtete Subject zu bezeichnen, und gehört die Frage, ob sich seit Erlassung der Lauenburgschen Deichordnung überhaupt eine unvordenkliche Verjährung habe bilden können, der Prüfung des Beweisverfahrens an.

II. Senat. Domanium c. Lauenstein. 9. Februar 1859.

46.

Bei der Pfanddeichung kann die Herrichtung von Stackwerken zur außerordentlichen Deichlast gehören.

Um den Zustand der Deiche an der innerhalb des Kirchwerder Deichverbandes belegenen Warmischen Bucht dauernd zu verbessern, ist Seitens der zuständigen Regierungsbehörden im Jahre 1842 die Anlegung eines Systemes inclinanter Bühnen längs jener Bucht beschlossen, worauf solche Werke, 10 an Zahl, in Ausführung gebracht wurden. Die Aufbringung der Kosten wurde, so weit sie nicht von dem Staate übernommen wurde, den Kirchwerder Deichinteressenten nach

Digitized by Google

Verhältniß ihres Grundbesitzes angekommen. Die gegenwärtigen Beklagten, deren Deichpfänder nicht an der Warmischen Bucht liegen, welche aber zu dem Kirchwerder Deichverbande gehören, haben die Uebernahme jener Contributionspflicht verweigert.

Das Gericht I. Instanz hat angenommen, daß die Kosten nur von den Inhabern der den Stackwerken anliegenden Deichstrecken zu tragen seien. Das Ober-Appellationsgericht hob diese Entscheidung auf und sprach dabei aus:

„Bei dem in Frage stehenden Deichverbande kommen allerdings die Grundsätze der Pfanddeichung zur Anwendung, kraft welcher jedem einzelnen Deichinteressenten ein bestimmter Theil des Deiches (Deichpfand) mit der Verpflichtung überwiesen ist, denselben auf eigene Kosten zu bauen und zu unterhalten. Jedoch ist diese Verpflichtung auf die Uebernahme der ordentlichen Deichlast, oder die Herstellung und Erhaltung des Deiches im schaufreien Zustande beschränkt, während die außerordentliche Deichlast von allen im Deichschutze belegenen Grundstücken des Deichverbandes in Communion getragen werden muß.

Demzufolge ist die Begründung des klägerischen Anspruches lediglich durch den Zweck und die Beschaffenheit der hier in Rede stehenden Werke bedingt. Die Herrichtung von Stackwerken zur Beschützung der Deiche kann noch keineswegs ohne Weiteres zu den außerordentlichen Deichlasten gerechnet werden. Dieselbe liegt vielmehr demjenigen Deichhalter, vor dessen Pfand dieselben gelegt werden, ob, insofern ein solches Stack als accessorischer Bestandtheil des betreffenden Pfandes dem Zwecke der schaufreien Herstellung und Erhaltung des letzteren dient, nicht aber, abgesehen von dem mittelbaren Interesse, welches ein jeder Deichinteressent bei der Instandhaltung der Deichflächen der Uebrigen hat, einen untrennbaren gemeinschaftlichen Nutzen des gesammten Deichverbandes bezweckt, in welchem Falle sie zu den außerordentlichen Deichlasten gezählt werden muß. Im vorliegenden Falle hat aber jedes der für nothwendig erkannten und aus-

Digitized by Google

geführten Stackwerke überall keine selbstständige und nur das Sonderinteresse des betreffenden einzelnen Deichhalters beziehende Bedeutung; dieselben gehören vielmehr, wie Beklagte selbst anerkennen, einem Systeme von Werken an, welche zur Vorbeugung der einer ununterbrochenen und eine größere Anzahl von Deichpfändern in sich schließenden Deichstrecke drohenden Gefahr beschlossen und ausgeführt sind.

II. Civilsenat. Bergedorf c. Kirchwerder. 20. Januar 1858.

47.

Zu §. 32 der Lüneburgischen Deichordnung vom 6. Sept. 1664.

Der §. 32 der Lüneburgischen Deichordnung vom 6. Sept. 1664 ist dahin auszulegen, daß derselbe die natürlichen Deichverbände bei entstehenden Grundbrüchen zur Hülfeleistung verpflichtet, da ein bürgerlicher Deichverband, auf welchen der im §. 32 gebrauchte Ausdruck „Deichband" an und für sich allerdings wohl bezogen werden konnte, zur Zeit des Erlasses jener Deichordnung im Fürstenthume Lüneburg überall nicht existirt hat.

II. Senat. v. Bernstorf c. Bade und Genossen. 18. Mai 1858.

48.

Die Fischerei ist kein Regal. — Dieselbe geht durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren.

Nach römischem Rechte begreift unzweifelhaft der gemeine Gebrauch der öffentlichen Flüsse auch das Recht zur Ausübung der Fischerei in denselben mit in sich. Wenn auch die Fischerei-Gerechtigkeit sich im deutschen Privatrechte vielfach zu einem Regale umgebildet hat, so kann dennoch die Regel des gemeinen Rechtes, wie solche auch im Sachsenspiegel II. 28. §. 4 ihre ausdrückliche Anerkennung findet, als aufgehoben bis zum Beweise des Gegentheils nicht betrachtet werden,

Digitized by Google

und läßt sich namentlich für die einheimischen Verhältnisse eine Ausnahme von dem vorangestellten Satze nicht behaupten.

Die Ausübung jener allgemeinen Fischerei-Befugniß erscheint als eine res meraе facultatis und kann daher durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren gehen, so lange nicht von anderer Seite her die Ausübung in einer positiv ausschließlichen Weise bewiesen ist. Die lex 7. D. 44. 3. ist abgesehen von dem Umstande, daß dieselbe ihrem Wortlaute nach überall das eigentliche Stromgebiet nicht berührt, bei ihrem Widerspruche mit der lex 45. D. 41. 3. nicht geeignet, eine Ausnahme von der Regel zu begründen.

II. Senat. Sievers c. Riege. 15. Dec. 1857.

49.

Rechtsfähigkeit der unehelichen Kinder.

(Bentheim.)

cfr. 1856—1857. Nr. 8.

Die dem älteren deutschen Rechte eigenthümliche Beschränkung der Rechtsfähigkeit unehelicher Kinder ist theils durch die Einführung des römischen Rechts, theils durch Reichsgesetze, wie auch durch eine diesen Gesetzgebungen entsprechende Umgestaltung der öffentlichen Meinung insoweit beseitigt, daß in Ermangelung ausdrücklich entgegenstehender, wie namentlich in der Lehns- und regelmäßig in der Particular-Gesetzgebung über die in einem gutsherrlichen Verbande stehenden Bauergüter sich findenden Vorschriften, der Grundsatz des römischen Erbrechts, demzufolge uneheliche Kinder ihrer Mutter, den ehelichen gleich, als pflichttheilsberechtigte Intestaterben succediren, selbst auf die deutschrechtliche Anerbenfolge, wenigstens dann Anwendung finden muß, wenn eheliche Kinder mit den unehelichen nicht concurriren.

III. Senat. Völkering c. Lüker. 2. April 1857.

Digitized by Google

50.

Anerbenrecht und Abfindung.

(Bentheim.)

Die mit der Anerbenfolge wesentlich und begriffsmäßig verknüpfte Untheilbarkeit der Bauergüter schließt nicht nur eine körperliche, sondern auch die absolute Civiltheilung aus, beschränkt vielmehr regelmäßig die abgehenden Kinder auf eine Abfindung, indem nur ausnahmsweise Gesetz oder Gewohnheit eine (jedoch fast immer dem Anerben ein Präcipuum gewährende) Civiltheilung zulassen; daher muß, in Ermangelung nachgewiesener Abweichungen, die Regel der Abfindung Platz greifen.

Die Bestimmung des Tit. 12. Thl. IV. der Bentheimschen Gerichts- und Landes-Ordnung ist auch auf Abfindungsverträge zu beziehen, dergestalt, daß die nicht nach den dort gegebenen Vorschriften aufgenommenen Abfindungsverträge nichtig sind.

III. Senat. Völkering c. Lüken. 2. April 1857.

51.

Die Untheilbarkeit der Bauerhöfe im Fürstenthum Grubenhagen schließt ein condominium pro indiviso nicht aus.

Die Bauerhöfe sind auch im Fürstenthume Grubenhagen in dem Sinne untheilbar, daß eine Naturaltheilung rechtlich unzulässig ist. Daraus folgt aber nicht, daß diese Höfe nicht im ungetheilten Eigenthume Mehrerer stehen können, und daß namentlich nicht die durch Erbfolge entstehende communio incidens bei ihnen eintreten könne. Das Anerbenrecht, nach welchem nur ein Erbe den Bauerhof ererbt, findet gemeinrechtlich nur bei Colonaten statt. Deshalb und da desfallsige provinzielle Vorschriften für alle Bauerhöfe im Fürstenthume Grubenhagen nicht bestehen, konnte im vorliegenden Falle ein Anerbenrecht nur auf Grund eines noch zu erweisenden Gewohnheitsrechts geltend gemacht, oder es mußte be-

Digitized by Google

hauptet werden, daß der hier fragliche Hof in einem Colonatsverhältnisse gestanden habe.

I. Civilsenat. Peinemann c. Prigge. 21. April 1857.

52.

cfr. A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §. 143.

Diese Gesetzesstelle will nur die Höhe, nicht aber die Art der Gefälle mittelst einer dreijährigen gleichmäßigen Uebung festgesetzt wissen, folglich nicht eine Novation, sondern eine quantitative Verminderung oder Vermehrung der ihrer Art nach verbliebenen Gefälle als vergleichsweise eingetreten vermuthen lassen.

III. Senat. Agnes c. Lüken. 21. April 1857.

53.

Dingung der Auffahrt. (Lingen.)

Bei eigenbehörigen Höfen ist das Successionsrecht der überlebenden Ehegatten, auch in die Stätte, an sich ein Ausfluß der durch die Ehe begründeten Gütergemeinschaft und durch die Dingung der Auffahrt wird nicht die Existenz dieses Rechts, sondern nur die Wirksamkeit desselben im Verhältniß zum Gutsherrn bedingt.

III. Senat. Strootberend c. Huer. 8. Dec. 1858.

54.

Beweislast in Betreff der Freiheit oder Eigenbehörigkeit der Bauerhöfe. (Lingen.)

B. P. O. §. 422.

Der Kläger hatte seine Klage darauf gestützt, daß der den Streitgegenstand bildende, im Lingenschen belegene Hof ein freier sei. Der Beklagte behauptete, er sei vormals eigenhörig gewesen. In erster Instanz wurde dem Beklagten der Beweis der Eigenbehörigkeit auferlegt, dieser Beweis aber demnächst für geführt erkannt. — Der Beklagte erhob wegen eines andern Punktes die Berufung. Der Kläger schloß sich

Digitized by Google

der Berufung an, weil der Beweis der Eigenbehörigkeit für geführt erkannt sei. Nunmehr stellte, nach Ablauf der Berufungsfrist, im Verhandlungstermine der Beklagte eine neue Beschwerde gegen das Beweisurtheil deshalb auf, weil ihm der Beweis der Eigenbehörigkeit und nicht vielmehr dem Kläger der Beweis der Freiheit des Hofes auferlegt sei, sich stützend auf §. 402 und §. 422 der B. P.-O. Nachdem diese Beschwerde in formeller und materieller Beziehung vom Kläger bestritten war, entschied das Gericht: Die erst im mündlichen Verhandlungstermine vom Beklagten gestellte, die Vertheilung der Beweislast bezüglich der Behauptung der frühern Eigenbehörigkeit der Stätte betreffende Beschwerde erscheint als formell zulässig und materiell begründet, da es hier einer an bestimmte Fristen gebundenen Berufungsbeschwerde überall nicht bedurfte, vielmehr in Gemäßheit des §. 422, 2. der B. P.-O., sobald durch die Entscheidung über das Resultat der Beweisführung ein Interesse des Beklagten entstand, die Vertheilung der Beweislast einer nochmaligen Prüfung unterzogen zu sehen, sobald dieser Punkt nur zum Gegenstand der Verhandlung gemacht war, auch das Berufungsurtheil sich über denselben mit erstrecken muß, in der Hauptsache aber eine Vermuthung weder für das vormalige Bestehen noch das Nichtbestehen eines Eigenbehörigkeitsverbandes bei einer Bauerstätte in der Grafschaft Lingen spricht, mithin, da das Nichtbestandenhaben eines solchen Verbandes Voraussetzung der erhobenen Klage ist, auch den Klägern der Beweis dieser Voraussetzung obliegt.

III. Senat. Strootberend c. Huer. 8. Dec. 1858.

55.

Rechte mehrerer Miterben am Meiergute. — Wirkung letztwilliger Verfügungen über das Meiergut.

(Calenberg.)

Es handelte sich um die Rechte mehrerer Kinder des verstorbenen Meiers an einem im Calenbergschen belegenen

Digitized by Google

Meiergute. Der Meier hatte 3 Söhne hinterlassen. In dessen Testamente war verfügt, die 3 Söhne sollten — mit Ausschluß einer besonders abgefundenen Schwester — zu gleichen Theilen an dem gesammten Nachlasse concurriren. Nach dem Tode des Erblassers war der Meiernexus abgelöst. Der Hof war dem Einen der Söhne auf Grund gewisser Vereinbarungen von bestrittener Rechtsbeständigkeit überlassen.

Dann war einer von jenen 3 Söhnen gestorben. Die für dessen Kinder bestellte Vormundschaft trat gegen den Besitzer des Hofes klagend auf. Principaliter war ein — hier nicht weiter interessirender — Anspruch auf Herausgabe des ganzen Hofes, eventuell ein Anspruch auf Anerkennung des Miteigenthums zu $^1/_3$ am Hofe nebst zugekauften Grundstücken und auf Theilung derselben erhoben.

Das Berufungsgericht erkannte diesen eventuellen Anspruch für begründet an, indem es nur das Verlangen der Theilung zur Zeit wegen Mangels eines gehörigen — in der obervormundschaftlichen Genehmigung der Klagerhebung nicht befundenen — decreti de alienando für unstatthaft erklärte.

Im Uebrigen sprach das Gericht Folgendes aus:

„Bis dahin, daß dasjenige Kind, welches den Hof als Meier zu übernehmen hat (event. durch Loos) festgestellt worden und die Uebertragung an solches erfolgt ist, haben alle pro indiviso den Hof zu vertreten und dessen Einkünfte pro rata ihrer Erbportion zu theilen. Die Kinder des inmittelst verstorbenen Kindes treten an die Stelle des Letzteren. Ob für eins von jenen bereits ein Majoratsrecht begründet worden, weil ihr Vater der Hauptmann Louis Kuntze erst nach vorgenommener Ablösung verstorben ist, bleibt hier ohne Interesse, weil die Vormünder für alle auftreten.

Durch die Bestimmung des Testaments ist nicht eine Naturaltheilung des Meierhofs angeordnet, aber es ist, im Widerspruch mit dem für Meierhöfe geltenden Anerben- und Abfindungsrechte, bestimmt, daß jeder der drei Söhne zu $^1/_3$ an dem Hofe berechtigt und bei einer Auseinandersetzung nach

Digitized by Google

geschehener Abfindung der Schwester mit dem durch Schätzung zu bestimmenden 1/4 von dem Werthe der Immobilien, den vollen Werth von 1/3 auch des Hofes selbst (nebst allem Zubehör) zu verlangen befugt sein solle.

Nach Maßgabe der Calenbergischen Meierordnung C. V. §. 3 und 4 (und C. VI. §. 3, 4 und 5) ist ein rechtliches Hinderniß der Gültigkeit dieser Disposition des Meiers nicht schon darin zu erblicken, daß statt eines, drei Anerben ernannt sind. Ein solches rechtliches Hinderniß könnte vielmehr nur in dem neben demjenigen des Meiers in Betracht kommenden Willen des Gutsherrn gesucht werden. Die Fassung des §. 4 im Capitel V. l. c. läßt aber annehmen, daß nur die Versagung der gutsherrlichen Bestimmung zu einer vom Meier beliebten Abänderung der Intestatsuccession dieselbe ungültig mache, nicht aber jene für ungültig zu erachten sei, so lange nicht die gutsherrliche Einwilligung hinzugetreten ist. Da nun durch die im Jahre 1844 ohne vorherigen Widerspruch der Gutsherrschaft gegen die fragliche Disposition des Meiers erfolgte Ablösung des gutsherrlichen Verbandes, wenn auch nicht die fragliche gutsherrliche Genehmigung ertheilt, doch jedenfalls die Möglichkeit einer Versagung derselben hinweggefallen ist, so ist nunmehr die fragliche Disposition des Vaters als gültig anzusehen. Ob durch Ausführung derselben, welche gleichmäßig auch die allodialen zugekauften Grundstücke bezielt, über welche der Meier freie Disposition hatte, wenn einer der Söhne den Hof annehmen sollte, eine Ueberlastung des Hofes bewirkt werden würde, und deshalb die zuständige Verwaltungsbehörde im öffentlichen Interesse einer solchen Vereinbarung ihre erforderliche Zustimmung zu versagen habe, kann hier weder beurtheilt noch entschieden werden.

I. Senat. Kuntze c. Kuntze. 30. November 1858.

Digitized by Google

56.

a. Die Geltendmachung des Anerbenrechts kann erfolgen, sobald der bisherige Meier sich der Wirthschaft abthut.

b. Dieselbe ist von der Präsentation eines fähigen Reihemannes nicht abhängig.

c. Verurtheilung in die Strafe des Arbeitshauses ist kein Grund, den Anerben auszuschließen.

(Lüneburg.)

Die Klägerin und die Ehefrau des Beklagten sind Schwestern, von denen jene die ältere, diese die jüngere ist.

Ihr gemeinschaftlicher Vater Joachim Heinrich Schulz, welcher sich noch am Leben befindet und keine Kinder weiter hat, besaß einen gutsherrnfreien Halbhof zu Crivitz. Er hat aber diese Hofstelle, zufolge eines unter dem 29. Sept. 1849 vor dem Amte Lüchow zwischen ihm, seiner jüngeren Tochter und deren damaligem Bräutigam, jetzigem Beklagten, abgeschlossenen Contractes, dieser seiner jüngeren Tochter und durch diese dem Beklagten, ihrem jetzigen Ehemanne, unter Reservation eines Altentheils und Fortführung der Wirthschaft bis Michaelis 1850, übertragen und abgetreten.

Zur Zeit, als dies geschah, büßte die gedachte ältere Tochter des Schulz, die gegenwärtige Klägerin, eine ihr wegen Abtreibung der Leibesfrucht von der Justizcanzlei zu Celle zuerkannte dreijährige Arbeitshausstrafe in der Strafanstalt zu Peine ab, was den Vater veranlaßte, sie in dem erwähnten Contracte für unfähig zur Succession im Hofe zu erklären.

Als die Klägerin im Juli 1851 aus der Strafanstalt zu Peine entlassen worden, erhob sie am 27. October desselben Jahres wider den gedachten Ehemann ihrer Schwester, als dermaligen Besitzer ihres väterlichen Hofes, eine Klage auf Herausgabe ihres väterlichen Hofes mit allen vom Tage der erhobenen Klage an gezogenen und zu ziehenden Früchten.

Diese Klage gründete sich darauf, daß sie, als die ältere

Digitized by Google

Tochter ihres Vaters, zufolge des Successionsedictes vom Jahre 1702 die gesetzliche Anerbin sei.

Der Beklagte erkannte die in der Klage enthaltenen Angaben als richtig an, schützte jedoch neben anderen Einwendungen auch die vor, daß die Klage zu früh erhoben sei, weil der Vater der Klägerin sich noch am Leben befinde und die Klägerin es unterlassen, einen zur Bewirthschaftung des Hofes qualificirten Reihemann zu präsentiren,

und daß die Klägerin ihres Anerbenrechtes deshalb verlustig gegangen sei, weil sie zu der Zeit, in welcher ihr Vater seines vorgerückten Alters wegen der Hofeswirthschaft nicht mehr vorzustehen vermocht und deshalb derselben sich zu begeben gewünscht, in der Strafanstalt zu Peine als abwesend sich befunden habe. Das Obergericht zu Dannenberg wies die Einwendungen zurück und verurtheilte den Beklagten.

Diese Entscheidung wurde in der Berufungsinstanz von Königl. Ober-Appellationsgerichte unter Hervorhebung folgender Gründe bestätigt:

Der Einwand, daß die Klage um deswillen als zu früh erhoben sich ausweise, weil der Vater der Klägerin sich noch am Leben befindet, und die Klägerin bisher es unterlassen, einen zur Bewirthschaftung des Hofes qualificirten Reihemann zu präsentiren, ist für rechtsbegründet nicht zu erachten, indem der Fall einer auf den Grund des Hof-Uebergabe-Contractes stattgehabten anticipirten Erbfolge im Hofe als eingetreten anzusehen, und die Geltendmachung des Anerbenrechtes von der Präsentation eines Reihemannes überall nicht abhängig ist, nicht minder ist

der Einwand, daß die Klägerin, zur Zeit der stattgehabten Hofes-Abtretung an den Beklagten und dessen jetzige Ehefrau, abwesend vom Hofe gewesen und sich zur Abbüßung einer ihr wegen Abtreibung der Leibesfrucht zuerkannten dreijährigen Arbeitshausstrafe in der Strafanstalt zu Peine befunden, für unerheblich zu halten, indem, für sich allein, weder die Abwesenheit der Klägerin vom väterlichen Hofe, noch die

Digitized by Google

ihr zuerkannte Strafe dem Vater derselben das Recht gab, sie des ihr gesetzlich zustehenden Anerben-Rechtes für verlustig zu erklären.

II. Civilsenat. Burgdorf c. Schulz. 3. März 1853.

57.

Wirkungen eines Verzichts des Anerben auf das Anerbenrecht nach Eröffnung der meierrechtlichen Succession.

Der weiland Halbhöfner Christoph Riebesehl in Scherl hinterließ mehrere Kinder, darunter 2 Söhne. Im Jahre 1833 übergab er mit gutsherrlicher Genehmigung dem Ehemanne seiner Tochter seine Meierstelle und stipulirte in dem betreffenden Uebergabe-Contracte für seinen ältesten Sohn ein Abstandsgeld von 150 ℛ.

Der älteste Sohn soll nach der Angabe der Beklagten sich mit der Uebergabe der Stelle an den Ehemann seiner Schwester einverstanden erklärt haben, welche Angabe Kläger bestritten hat. Mehrere Jahre vor Anstellung der Klage ist der Vater und nach ihm der älteste Sohn gestorben. Die Tochter des Christoph Riebesehl, deren erster Ehemann mit Hinterlassung mehrerer Kinder ebenfalls verstorben ist, hat sich zum zweiten Male verheirathet und ist der zweite Ehemann als Interimswirth gutsherrlich bestätigt, während für die Kinder erster Ehe Vormünder bestellt sind.

Es klagt jetzt der zweite Sohn des Christoph Riebesehl wider die für die Kinder seiner Schwester bestellten Vormünder auf Herausgabe der Meierstelle, da nach einem im Amte Schneverdingen geltenden Gewohnheitsrechte der Mannsstamm vor dem Frauenstamme und unter den Söhnen der ältere vor dem jüngeren ein von der Disposition des Vaters und der Gutsherrschaft unabhängiges Successionsrecht habe, und er als ältester jetzt lebender Sohn seines Vaters und gesetzlicher Anerbe die in Rede stehende Stelle in Anspruch nehme.

Das Obergericht Verden verurtheilte die Beklagten zur

Digitized by Google

Herausgabe der Stelle, nachdem der Beweis des fraglichen Gewohnheitsrechts instruirt und für erbracht angenommen war.

Das Ober-Appellationsgericht wies die Klage zurück und sprach dabei aus:

Das hier in Streit gezogene Succeſſionsrecht kann nicht zwiſchen dem Kläger als vermeintlichen Anerben und dem die Stelle zur Zeit bewirthſchaftenden Interimswirthe, ſondern lediglich unter den Succeſſionsprätendenten ſelbſt zum Austrag gebracht werden und ſtellt ſich daher die Einrede der mangelnden Paſſivlegitimation als unbegründet dar. Dagegen laſſen die Behauptungen des Klägers darüber keinen Zweifel, daß der erhobene Anſpruch lediglich aus der väterlichen Erbfolge hergeleitet iſt. Die im Jahre 1833 wenngleich mit gutsherrlicher Genehmigung geſchehene Uebertragung des väterlichen Hofes auf die Schweſter des Klägers würde ſich — den Beweis des in Rede ſtehenden Gewohnheitsrechts vorausgeſetzt — als ein ungültiges, den Rechten des damaligen Anerben (des älteren klägeriſchen Bruders) in keiner Weiſe präjudicirendes Geſchäft darſtellen. Es würde vielmehr auf dieſen letzteren kraft des ihm zuſtehenden Anerbenrechts ſchon mit dem Augenblicke einer ſolchen, aus dem Geſichtspunkte einer anticipirten Erbfolge zu betrachtenden Abtretung der Stelle das Succeſſionsrecht in der Maße devolvirt geweſen ſein, daß er von dieſem Augenblicke an als der eigentliche Inhaber des Colonatsrechts betrachtet werden mußte.

Auch dann, wenn anzunehmen wäre, daß bei der Ungültigkeit der Uebertragung der Stelle im Jahre 1833 das Meierrecht bei dem Vater des Klägers geblieben ſei oder daß das Anerbenrecht des klägeriſchen älteren Bruders erſt mit dem wirklichen Ableben ſeines Vaters habe geltend gemacht werden können, würde das Succeſſionsrecht dem urſprünglichen Anerben reſervirt geweſen ſein, da derſelbe ſeinen Vater überlebt hat. Allerdings würde das Anerbenrecht von dem klägeriſchen Vater auf den Kläger als deſſen zweiten Sohn devolvirt ſein, wenn der älteſte Sohn von vornherein auf

Digitized by Google

das ihm zustehende Anerbenrecht verzichtet hätte. Eine solche Verzichtleistung ist aber von dem Kläger nicht behauptet, vielmehr hat der Kläger das beklagtische Anführen, daß sein älterer Bruder sich mit der Uebergabe an seine Schwester und deren ersten Ehemann einverstanden erklärt, bestritten, und würde ohnehin aus einer solchen Erklärung ein Verzicht, welcher geeignet wäre, das Anerbenrecht direct von dem Vater auf dessen zweiten Sohn zu übertragen, nicht gefolgert werden können.

II. Civilsenat. Riebesehl c. Riebesehl. 24. Juni 1857.

58.

Das Asylrecht der Abfindlinge ist nicht anwendbar auf freie Bauergüter und auf Anbauerstellen im Fürstenthume Lüneburg.

In der Sache selbst handelte es sich um einen Anspruch des Klägers als Abfindling auf Aufnahme und Ernährung aus der gutsherrnfreien Anbauerstelle des Beklagten. Hierüber sprach das Berufungsgericht sich folgendermaßen aus:

In Erwägung, daß ohne den Beweis eines desfallsigen Gewohnheitsrechts die angebliche Verpflichtung der beklagtischen Stelle, zur Aufnahme und Ernährung des Klägers keineswegs als begründet anerkannt werden mag, weil eine Ausdehnung der in dieser Beziehung bei den Meiergütern des Fürstenthums Lüneburg etwa zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätze auf freie Bauergüter überhaupt nicht, auf die beklagtische Stelle aber um so weniger zulässig erscheint, als dieselbe, ihrer zu den Acten constatirten Eigenschaft einer unbedeutenden Anbauerstelle nach, sich wesentlich von einem eigentlichen Bauerhofe unterscheidet.

II. Civilsenat. Weselmann c. Weselmann'sche Vormünder. 26. Mai 1858.

Digitized by Google

59.

Klage des Anerben, wenn der Meier sich freiwillig der Herrschaft abthut.

cfr. 56.

Wenn der Vater sich freiwillig von der Herrschaft des Meierhofes abthut, liegt der Fall der **successio anticipata** vor. Ein dritter unberechtigter Besitzer kann sich dem klagenden Anerben gegenüber darauf nicht berufen, daß der Anerbe zur Bewirthschaftung der Stelle untüchtig sei.

II. Senat. Baden c. Kornemann und Trau c. Meinecke. 14. October 1858.

cfr. auch 1857—1858 Nr. 56.

60.

Klage auf Herausgabe der Meierstelle gegen den Meier und dessen Ehefrau zulässig.

Der Anerbe klagt auf Herausgabe des Meierhofes, welcher von dem Ehemanne seiner Schwester bewirthschaftet wird, nachdem er von dem Vater der Tochter und dem Ehemanne in einer gutsherrlich bestätigten Ehestiftung übergeben war, gegen den Ehemann und die Schwester.

Letztere opponirt den Einwand der mangelnden Passivlegitimation, welcher Einwand verworfen wurde, weil, wenn gleich anscheinend blos dem beklagten Ehemanne der Hof übergeben ist, doch nach der Intention der bei der Uebergabe betheiligt gewesenen Contrahenten angenommen werden muß, daß derselbe ausschließlich so wenig ihm wie seiner Ehefrau, sondern ihnen beiden gemeinschaftlich hat verschrieben werden sollen und verschrieben ist, so daß beide auf Grund jenes Erbvertrages, mithin auch pro heredibus, falls es darauf nach der Natur der angestellten Klage ankommen sollte, den Hof besitzen.

II. Senat. Trau c. Meinecke. 28. Septbr. 1858.

Digitized by Google

61.

Rechte des aufgeheiratheten Meiers und seiner Descendenten, Hofübergabe durch verschleierte Kaufgeschäfte.

cfr. 1855—1856 Nr. 49. 1857—1858 Nr. 9—12.

Die Meierstelle rührt von der Ehefrau des Klocke senior her. Letzterer hat dieselbe einem gewissen Cordes käuflich überlassen und dieser dieselbe dem zweiten Sohne des Klocke senior, dem jetzigen Beklagten, wieder abgetreten. Ein Sohn des ältesten Klocke'schen Sohnes erster Ehe verlangt als Anerbe klagend Herausgabe der Stelle.

Das Gericht erkannte die Klage für begründet mit folgenden, hier in Betracht kommenden, Entscheidungsgründen.

Die angestellte Klage ist im Allgemeinen für begründet und erwiesen anzunehmen. Mit dem, im Jahre 1827 erfolgten Tode der ersten Ehefrau des Klocke senior hat sich bereits der rücksichtlich der von ihr herrührenden Brinksitzerstelle maßgebende Successions-Fall ereignet, indem Klocke senior weder durch die Aufheirathung auf die Stelle an sich, noch auch in Folge der durch die Ehestiftung vom 15. November 1806 ihm eingeräumten Rechte das Eigenthum der Stelle bekommen hat. Es kann dahin gestellt bleiben, ob in dem von den Klägern eingeräumten Umstande: es sei Klocke senior von der Gutsherrschaft als Wirth der Stelle angenommen und anerkannt, eine Bemeierung zu befinden ist, denn durch eine solche Verfügung der Gutsherrschaft würde die erste Ehefrau ihr Recht an der Stelle nicht verloren haben. Durch den somit im Jahre 1827 zur Succession gelangten ältesten Sohn der ersten Ehefrau, den Vater des klägerischen Pupillen, ist mit seinem am 7. April 1837 eingetretenen Tode die Erbfolge auf den Letzteren vermittelt. Es entbehrt daher die Annahme des Beklagten der rechtlichen Begründung, es sei die Erbfolge erst durch den Tod des Klocke senior eröffnet und dieserhalb die Klagberechtigung des klägerischen Pupillen nicht vorhanden.

Der aus den in Rede stehenden Contracten vom 14. Februar 1857 entnommene Einwand des Beklagten ist für be-

Digitized by Google

gründet nicht zu halten. Derselbe beruht auf der irrigen Annahme, es seien auf den Klocke senior durch seine Aufheirathung auf die Stelle als Meier alle Rechte an der Stelle in der Weise übergegangen, daß er über dieselbe unter Lebenden in jeder Beziehung gültig habe disponiren, solche also auch willkürlich habe veräußern können. Dem aufgeheiratheten Ehemanne stehen während der Ehe Nutzungs- und Verwaltungs-Rechte an dem Meiergute in ihrem vollsten Umfange zu, und er erscheint als der alleinige Repräsentant desselben. Diese Berechtigung des Ehemannes in Bezug auf die Ausübung der Rechte des Meiers erfordert überall nicht einen völligen Uebergang der Rechte der Ehefrau während der Ehe; ein solcher kann daher nicht wohl, und um so weniger angenommen werden, als es der Natur der Sache widerstreiten würde, wenn dem Ehemanne selbst, welcher die Ehefrau in Bezug auf ihr Meiergut völlig vertreten, dasselbe für sie verwalten und gegen Dritte vertheidigen soll, gestattet wäre, das Meiergut seiner Ehefrau zu entziehen. Wenn, den Entscheidungen der Gerichte zufolge, die Frage, ob die Ehefrau das Colonat aus dem Concurse des aufgeheiratheten Ehemannes zurückfordern könne?, verneint, und die Frage: ob sie in Folge der Abmeierung ihres Ehemannes Mitbesitz und Mitgenuß des Meierguts verliere?, bejaht ist; so rechtfertigt dieses keineswegs die Schlußfolgerung, daß damit die willkürliche Veräußerungs-Befugniß des aufgeheiratheten Ehemannes angenommen sei, es finden vielmehr diese Vorgänge ihre ausreichende Erklärung schon eben in der Anerkennung der durch die Aufheirathung für den Ehemann begründeten ausgedehnten Nutzungs- und Verwaltungs-Rechte.

Das Vorstehende muß um so mehr gelten, wenn die Ehe durch den Tod der Frau, von welcher der Hof herrührt, getrennt wird, im Verhältniß des Aufgeheiratheten zu ihren Kindern. Wie ausgedehnt auch die Rechte des Letzteren in diesem Falle, und zwar für seine Lebensdauer, an dem Meiergute bleiben mögen, so muß doch mit dem Tode der Mutter, als dem Zeitpuncte der Eröffnung der Successsion, die Wirksamkeit

Digitized by Google

dieſer letzteren eintreten, und das Recht des Vaters an dem auf die Kinder vererbten Meiergute kann nur als ein dingliches Recht an einer fremden Sache aufgefaßt werden; die ihm bleibenden Nutzungs- und Verwaltungs-Rechte können ihm nicht die Macht geben, ſich ſelbſt das Eigenthum der Kinder beizulegen, und dieſes würde man anzunehmen haben, wenn man dafür halten wollte, daß jene Rechte die willkürliche Veräußerungs-Befugniß in ſich ſchlöſſen.

Es muß demnach der am 14. Februar 1857 erfolgte Stellverkauf des Klocke senior an den Erbenzinsmann Cordes, wegen der dem klägeriſchen Pupillen an der Stelle zuſtehenden Rechte in Bezug auf dieſen als ungültig angeſehen werden, und desgleichen der von Cordes an demſelben Tage mit dem Beklagten abgeſchloſſene Contract.

Es würde übrigens ſelbſt bei einer entgegenſtehenden Auffaſſung die Klageberechtigung des klägeriſchen Pupillen nicht zu bezweifeln ſein, indem in Uebereinſtimmung mit früheren Entſcheidungen dieſes Gerichtshofes der Vorzug des klägeriſchen Pupillen, als des von dem verſtorbenen älteſten Sohne herrührenden Enkels des letzten Beſitzers vor dem Beklagten, als einem jüngeren Sohne des letzteren, anzuerkennen, und zugleich anzunehmen ſein würde, daß im vorliegenden Falle lediglich die Form der Vermittelung des Verkaufs an den Beklagten durch den Erbenzinsmann Cordes als Käufer gewählt iſt, um das wohlbegründete Recht des klägeriſchen Pupillen zu vereiteln. Nach den eigenen Vorträgen der Parteien iſt den betreffenden Contrahenten die Abſicht völlig fremd geweſen, den ꝛc. Cordes zum eigentlichen, bleibenden Eigenthümer der Stelle zu machen; es hat vielmehr nach der gleich anfänglichen Abſicht die Stelle dem Beklagten, und zwar vom Vater übertragen werden ſollen. Der Beklagte ſelbſt räumt ein, daß der ꝛc. Cordes ſchon beim Abſchluſſe des Contracts ſich verpflichtet habe, die Stelle dem Beklagten wieder abzutreten, und er giebt nur an, daß der directe Verkauf von Seiten ſeines Vaters an ihn ver-

Digitized by Google

mieden sei, weil es von manchen Rechtslehrern für zweifelhaft gehalten werde, ob Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn verbindlich seien. Diesem entspricht denn auch der Inhalt der beiden, an einem und demselben Tage aufgenommenen Contracte, indem darnach Cordes alle seine, aus dem zwischen ihm und Klocke senior abgeschlossenen Contracte erworbenen Rechte dem Beklagten cedirt, und der Letztere dem Cordes gegenüber alle dessen Verpflichtungen gegen Klocke senior übernommen hat; und eben so der Inhalt des Testaments des Klocke senior vom 5. September 1857, indem derselbe in diesem sich als den Berechtigten gegenüber dem Beklagten als dem Verpflichteten hinstellt. Bei dieser Auffassung eines in der That selbst zwischen Vater und Sohn abgeschlossenen Vertrags über eine Stelle, zu welcher der klägerische Pupille als der Nächstberechtigte erscheinen würde, drängt sich von vornherein die Annahme einer, auf die Hofsabtretung im Sinne des Successions-Edicts vom 20. Januar 1720 gerichteten Absicht auf; und es findet diese Annahme in allen, jene Contracte begleitenden Vorgängen, und insbesondere auch in mehreren Bestimmungen der Contracte selbst ihre genügende Unterstützung, insofern aus ihnen der Character des Vertrags als eines Hofabtretungs-Contracts im eben angegebenen Sinne und nicht etwa derjenige einer eigentlichen Veräußerung unter Lebenden unzweideutig zu entnehmen steht.

Namentlich ergiebt dies der Umstand, daß das ganze Vermögen verkauft wird; daß der Käufer übernimmt, die jüngste Tochter des Verkäufers bis zur Confirmation zu unterhalten, und sie aus der Schule zu bringen; daß der Käufer sich verpflichtet, den Verkäufer und dessen Frau bis an ihr Lebens-Ende in allen Lebensbedürfnissen vollständig zu unterhalten und sie zu Grabe zu bringen, u. s. w., und daß die dem Verkäufer und dessen Ehefrau zu gewährenden Prästationen als eine Real-Last auf der verkauften Stelle haften sollen u. s. w.

Alle diese Bestimmungen sind eben die gewöhnlichen Bestandtheile eines Hofsübertragungs-Contracts im Sinne des

Digitized by Google

Succeſſions-Edicts. Die Bezeichnung des Contracts als eines Kaufcontracts erklärt ſich aus der ganzen Sachlage von ſelbſt; ſie ſo wenig als die neben der Uebernahme der Schulden verabredete bedeutende Kaufſumme, und der Umſtand, daß Klocke senior ein Mehreres als ihm verbleibend ſich reſervirt hat, erſcheinen geeignet, erhebliche Bedenken gegen die Annahme zu begründen, daß hier in fraudem legis hat gehandelt werden wollen.

Dem Vorſtehenden zufolge kömmt es auch auf die ſonſtigen Anträge der Parteien, und inſonderheit auf die ferneren Einwendungen des Beklagten an, über welche in dem angefochtenen Urtheile nach Lage der Sache nicht erkannt zu werden brauchte, und nicht erkannt iſt.

a. Die exceptio rei venditae et traditae muß im Weſentlichen ſchon nach den vorſtehenden Erwägungen als unbegründet angeſehen werden. Sie beruht auf der Auffaſſung des Beklagten, daß dieſe exceptio einer Klage des Klocke senior entgegengeſtanden habe, folglich auch einer Klage der Erben deſſelben entgegenſtehe, und wegen der Untheilbarkeit des Bauerguts jedem der einzelnen Erben, alſo auch dem klägeriſchen Pupillen als dem Miterben des Klocke senior, mit voller Wirkung entgegengeſetzt werden könne. Allein dieſer Auffaſſung ſteht entgegen, daß die Veräußerung des dem klägeriſchen Pupillen gehörigen, auf ihn von der erſten Ehefrau des Klocke senior durch Vermittelung ſeines Vaters vererbten Meierguts, als eine geſetzwidrige, null und nichtig erſcheint, und, inſofern die Auffaſſung des Beklagten von einer erſt mit dem Tode des Klocke senior eröffneten Succeſſion untergelegt wird, die Geſetze eben dem Anerben gegen die conſtitutionswidrigen Handlungen des Vaters gegen deſſen unerlaubte Veräußerungen Schutz gewähren wollen, und ihm als ſolchen die Anfechtung des betreffenden Acts des Erblaſſers geſtatten, dem Anerben mithin nicht aus ſeiner Eigenſchaft als Erbe die exceptio rei venditae et traditae mit dem Effect entgegengeſetzt werden kann, daß er, in Folge der Verpflichtung die

Digitized by Google

facta seines Erblassers zu präſtiren, dem Unberechtigten den Hof zu belassen habe. Unter diesen Umständen mag es ununtersucht bleiben, ob dem Beklagten nicht auch die Erwägung entgegenzusetzen wäre, daß der klägerische Pupill, welcher nach eigener Angabe des Beklagten heres ex asse des Klocke senior keineswegs geworden ist, für die Handlungen des Letzteren stets doch nur nach Verhältniß seiner Erbschafts-Quote aufzukommen verpflichtet erscheine, die Geltendmachung einer Verpflichtung in solidum daher wider ihn, wie sie hier in Frage, unstattnehmig, und auch aus diesem Grunde die exceptio rei venditae unbegründet sei.

b. Die Einrede des Verzichts muß, weil nicht genugsam substantiirt, rechtlich unberücksichtigt bleiben. Allerdings ergeben die desfallsigen Auslassungen des Beklagten genügend, daß seine Absicht nicht dahin gerichtet gewesen ist, auf einseitige Aeußerungen und Handlungen des Vaters des klägerischen Pupillen einen Verzicht desselben zu begründen. Allein der genugsamen Begründung der Einrede steht entgegen, daß auf das Anerbenrecht verzichtet sein soll, während dem Obigen zufolge dem Vater des klägerischen Pupillen schon das Eigenthum der Stelle zugestanden hat, genügende Behauptungen in Betreff eines Eigenthumsüberganges nicht aufgestellt sind, und die Auslassungen des Beklagten es unentschieden lassen, zu wessen Gunsten der Verzicht geschehen ist.

Es kann diesem nach dahingestellt bleiben, ob der hier in Rede stehenden Verzichtleistung des klägerischen Vaters durch Vertrag der Mangel der gutsherrlichen Genehmigung und der gerichtlichen Bestätigung entgegenstehen würde, und nicht etwa dem Beklagten, zur Elidirung des in der letzteren Hinsicht anzunehmenden Mangels, mit Rücksicht auf den §. 11 des Gesetzes vom 16. December 1843, der Beweis der allseitigen Erfüllung des Vertrags nachzulassen wäre.

c. Anlangend das Object der Herausgabe, so bildet solches im Allgemeinen die Stelle sammt Zubehör, und das zur Stelle gehörende Allodium, d. h. dasjenige Allodium, dessen

Digitized by Google

Ausantwortung der den Hof antretende Anerbe von den Miterben, nach Inhalt der Rechte, namentlich der Verordnung vom 1. Juli 1699 fordern kann. Welche Gegenstände hierzu zu rechnen, ist für jetzt nicht zu entscheiden. Es gehört aber das Hofs-Inventarium zu dem theilbaren und trennbaren Allodium, in Bezug auf welches nach der angezogenen Verordnung dem Hofes-Anerben bevorzugte Rechte nicht zustehen; und es fällt daher mit dem Objecte selbst der auf die eidliche Specification des Hofs-Inventars gerichtete Antrag der Kläger hinweg. Rücksichtlich der in den Acten erwähnten Grundstücke resp. Heidetheile, welche von Klocke senior angekauft sind, erscheint der erhobene Anspruch durch die bloße Angabe der Kläger, daß dieselben mit dem Hofe cultivirt und zur Hebung des Hofes angekauft seien, nicht begründet, weil damit die rechtliche Zubehörung nicht genugsam substantiirt ist. Nur bezüglich der unter Nr. 3 der schriftlichen Gegenanträge aufgeführten Parcelen ist, auf Grund der eigenen Angabe des Beklagten, daß solche als unzertrennliche Pertinentien mit der Stelle haben verbunden werden sollen, anzuerkennen, daß sie vom klägerischen Pupillen, mit Vorbehalt der Rechte der Allodial-Erben, in Anspruch genommen werden können.

Der Antrag wegen Herausgabe der Früchte hat nur insoweit Statt, daß lediglich die Früchte zu ersetzen sind, welche bei Mittheilung der Klage noch vorhanden gewesen, welche seitdem gezogen und welche seitdem vernachlässigt worden, indem eine mala fides des Beklagten nicht anzunehmen ist.

d. Anlangend endlich die Einrede der Retention, so unterliegt es keinem Zweifel, daß das Retentions-Recht hinsichtlich der von dem Beklagten auf die Sache gemachten Verwendungen begründet ist.

Dasselbe wird insofern auch klägerischerseits nicht eigentlich bestritten. Der darauf gerichtete Antrag des Beklagten aber, daß der klägerische Pupill ihm Alles zu erstatten habe, was er in Folge des Contracts vom 14. Februar 1857 bezahlt habe und noch zu bezahlen habe, und die hierauf ge-

Digitized by Google

stützte Retentions-Einrede ist in angebrachter Maße als unsubstantiirt zurückzuweisen, insofern bei der rei vindicatio der Kläger den Preis, wofür sich der Beklagte die Sache erwarb, nicht zu erstatten hat, und etwas Genügendes darüber, daß der Beklagte auf dem Hofe ruhende Schulden getilgt oder übernommen habe, von deren Erstattung resp. Liberirung abseiten des klägerischen Pupillen, gegenüber dem Beklagten, die Rede sein könnte, nicht vorgelegt ist. Aus vorstehenden Gründen wird, unter Verwerfung der weitergehenden Anträge der Kläger, und desgleichen der weitergehenden Anträge des Beklagten und mit Beseitigung des Urtheils des großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Nienburg vom 12. November 1858, der Beklagte schuldig verurtheilt, den Klägern die in Rede stehende Brinksitzerstelle mit Zubehör, und mit dem zur Stelle gehörenden Allodium, nicht minder alle Früchte, welche bei Mittheilung der Klage noch vorhanden gewesen, welche seitdem gezogen und welche seitdem vernachlässigt worden, herauszugeben; und erkannt, daß die Kläger die in den schriftlichen Gegenanträgen unter Nr. 3 genannten Parcelen in Anspruch nehmen können, die Einrede der Retention aber dahin begründet sei, daß dem Beklagten das Recht zugesprochen wird, die Herausgabe so lange den Klägern vorzuenthalten, bis Beklagter wegen der auf die Sache gemachten nützlichen Verwendungen — soviel deren in diesem Processe für vom Beklagten bewiesen angenommen worden, — befriedigt sein wird.

I. Civilsenat. Klocke c. Klocke. 12. Mai 1859.

62.

Rechte der Meierswittwe im Calenbergischen an dem Hofe. Verlust dieser Rechte durch Ehebruch. Das Erbrecht der armen Wittwe nicht anwendbar.

Wie nach Meierrecht im Allgemeinen, so insbesondere nach dem für das Calenbergische geltenden, kann nicht angenommen werden, daß die Wittwe des Meiers als solche ein Recht auf Fortbewirthschaftung des Hofes zu eigenem Besten habe, viel-

Digitized by Google

weniger also, daß auf Grund einer Anordnung des Meiers eine andere Bewirthschaftung des Hofes nicht Platz greifen könne. Denn die Calenbergische Meierordnung gestattet im Cap. V. §. 5 nur die vertragsmäßige Feststellung der Regel: „längst Leib längst Gut", und knüpft an ihre Anwendung nur die Folge, daß der Ueberlebende vor den Geschwistern und sonstigen Verwandten Erbe werde. Im al. 1 des §. 7 ibid. verfügt sie aber hinsichts der Anordnung einer Vormundschaft mit Rechnungsführung über den Hof in solcher Weise, daß dadurch die Annahme, der Gesetzgeber habe eine solche auch in dem Falle, wo eine Wittwe vorhanden ist, als Regel gewollt, hinreichend begründet wird. Diesem gegenüber steht auch aus demjenigen, was der §. 7 hiernächst hinsichts der Wittwe sagt, nicht zu folgern, daß der Gesetzgeber angenommen habe, vor ihrer anderweiten Verheirathung stehe der Frau der Hof in derselben Weise, wie nachher dem Interimswirthe zu.

Nach Maßgabe der ebengedachten Bestimmung der Meierordnung und resp. nach Cap. VII. derselben hat zwar die Meierswittwe das doppelte Recht,

a) durch Verheirathung mit einem andern zur Uebernahme und Führung der fraglichen Hofwirthschaft geeigneten Mann, diesem die Interimswirthschaft auf dem fraglichen Hofe zu verschaffen,

b) insoweit, als nicht schon hierdurch auch für eigenen Unterhalt gesorgt wird, also insbesondere bis dahin, daß Ersteres stattfindet, aus dem Hofe und auf demselben angemessen alimentirt zu werden. Beide Rechte, hier durch den Ehe-Vertrag gesichert, sind einseitiger Beseitigung durch letztwillige Verfügungen des Ehemannes nicht ausgesetzt.

Ob der Vertrag vom 2. August 1853, in welchem auf beides verzichtet ist, mindestens dann nicht als pactum ex turpi causa anzusehen sei, wenn er zur Vermeidung einer begründeten Ehescheidungsklage des Ehemannes geschlossen ist, kann hier dahin gestellt bleiben.

Zwar würde die Wahrheit der (schon in erster Instanz

Digitized by Google

vom Kläger aufgestellten) Behauptung, daß Verklagte sich eines (dem Ehemanne derselben bekannt gewordenen) Ehebruchs schuldig gemacht gehabt habe, schon für sich allein genommen, den Verlust aller der Verklagten an dem Vermögen ihres Ehemannes zuständigen Rechte begründen. Dennoch kann hierüber dem Kläger Beweis nicht auferlegt werden. Denn wie die letztgedachte Wirkung des Ehebruchs durch Condonation des Ehemannes erloschen sein würde, so muß angenommen werden, was durch den gedachten Vertrag vom 2. August 1853 implicite auch anerkannt und festgestellt ist, daß eine Wiedervereinigung beider Eheleute, d. h. eine Aufhebung der damals beliebten factischen Trennung ihrer Wohnung nicht blos eine Beseitigung jenes Vertrags bewirken solle, sondern auch als Condonation desjenigen zu gelten habe, was zu Abschließung desselben Veranlassung gegeben hatte.

Daß eine Wiedervereinigung beider Eheleute in diesem Sinne stattgefunden habe, ist aber nach Maßgabe des Thatbestandes im Urtheile vom 21. September 1858 als vom Kläger zugestanden anzunehmen und kann daher hierüber auf Grund der jetzigen von jenem etwa abweichenden Auslassungen des Klägers der Verklagten nicht noch Beweis auferlegt werden.

Dem Umstande aber, daß nach kurzer Zeit eine Wiederherstellung jener Trennung beider Eheleute eingetreten ist und diese dann bis zum Tode des Ehemannes fortgedauert hat, kann um so minder Gewicht zu Gunsten des Klägers beigelegt werden, da auch der Ausspruch des §. 7 princ. des Contracts vom 2. August nur in Gemäßheit des in fine des §. 1 Ausgesprochenen verstanden werden kann.

An die (allgemeine) Behauptung des Klägers, die Verklagte habe den Hof heruntergebracht, kann — zumal hier, wo die Verklagte nur sehr kurze Zeit mit ihrem Ehemanne gewirthschaftet hat, und seit dem Tode des Letzteren bis zur Anstellung der Klage erst wenig Monate verflossen waren — die Folgerung nicht geknüpft werden, die Verklagte habe die sub a und b gedachten Rechte verwirkt.

Digitized by Google

Diese bestehen also noch und Kläger als von dem Erblasser oder von den Vormündern über dessen Kinder bestellter Mandatar der Erben ist nicht befugt, die einseitigen letztwilligen Verfügungen des Ehemannes der Verklagten in so weit in Vollzug zu setzen, daß dadurch die obgedachten Rechte der Verklagten verletzt werden.

Das unter a oben erwähnte ohnehin nicht unbedingte Recht der Wittwe kann derselben aber nicht die Befugniß geben, bis dahin, daß sie von demselben rite Gebrauch macht, die Vertreter ihrer Kinder in der Ausübung ihres Willens zu hindern, einstweilen die Stelle sammt dem übrigen Nachlasse an sich zu nehmen und den Hof zum Besten der Kinder nicht durch die Wittwe, sondern in anderer Weise bewirthschaften zu lassen, und es ist lediglich Sache der Vertreter der Kinder, zu ermessen, ob und in welcher Maße dieses ohne Verletzung jenes Rechts der Verklagten, also ohne Schaden der Kinder dergestalt zu bewerkstelligen ist, daß, wenn die Wittwe von jenem Rechte Gebrauch macht, dem von ihr einzuführenden Interimswirthe die Stelle vom Beginne der nächsten Benutzungsperiode an übergeben werden kann.

Selbst der Umstand, daß zur Zeit der Anstellung der Klage die Verklagte wegen der Trauerzeit noch gar nicht in der Lage war, von jenem Rechte Gebrauch machen zu können, kann hierbei zu ihren Gunsten von Einfluß nicht sein, weil die fragliche Befugniß des Klägers nicht auf einer Säumigkeit der Verklagten beruht.

Der unter b erwähnte Anspruch der Verklagten auf eine angemessene Alimentation aus dem Hofe und auf demselben hat zwar zur Folge, daß sie jenen sammt vorhandenem Inventar nur nach Abzug der Leibzucht zu restituiren hat; aber dies berechtigt sie nicht, bis nach geschehener ordnungsmäßiger Feststellung dieser Leibzucht den ganzen Hof mit Inventar zu retiniren, sondern nur dazu, von der Restitution einstweilen dasjenige auszunehmen, was zur Deckung des fraglichen Anspruchs der Verklagten nothwendig ist, also von dem Hause ꝛc. die zu

Digitized by Google

ihrer Wohnung nöthigen Räume, von den Mobilien das für ihren Gebrauch unentbehrliche, von den Grundstücken die zur Aufbringung ihres Unterhalts nothwendigen zurück zu behalten und von den als von selbst die Erbschaft vermehrend und nicht der ersten Klage vorbehalten von ihr zu ersetzenden Früchten dasjenige abzusetzen, was zur Bestreitung des Unterhalts der Verklagten und ihrer Kinder nöthig war.

Im Falle der Entstehung einer gütlichen Einigung unter den Parteien ist hierüber, und zwar auch über jenes Provisorium, nach Anlegung einer contradictorischen Verhandlung unter den Parteien, gerichtsseitig zu entscheiden, während die definitive Feststellung der Leibzucht zunächst vor die competente Obrigkeit verwiesen werden muß.

Das Recht der armen Wittwe kommt der Verklagten, die ein Leibzuchtsrecht hat, nicht zu.

I. Civilsenat. Steinbrück c. Steinbrück. 3. Juni 1859.

63.

Folgen der Aufhebung der persönlichen Eigenbehörigkeit für die Eigenbehörigkeit des Colonates. Befugniß des Gutsherrn und des eigenbehörigen Colonen, zu bestimmen, nach welchen Rechtsgrundsätzen das Colonat und dessen Bewohner zu beurtheilen seien.

Der eigenbehörige Colon Borcherding zu Vehes im Osnabrückschen hatte, um die Fähigkeit zu erlangen, ein Lehn zu erwerben, mit seinem Gutsherrn am 17. Januar 1798 einen Vertrag abgeschlossen, durch welchen die persönliche Unfreiheit der Personen auf Borcherdings Colonate aufgehoben, daneben aber bestimmt war, daß in allen andern Beziehungen die Rechtsverhältnisse des Hofes und seiner Besitzer nach wie vor nach Eigenthumsrecht beurtheilt werden sollten; auch das Heimfallsrecht war beibehalten. Sein Sohn und Colonatsnachfolger hatte sich verheirathet, ohne besondere Verabredungen wegen des ehelichen Güterverhältnisses zu treffen. Nach dem

Digitized by Google

Tode der Frau klagte eines der Kinder derselben, die Ehefrau Sander, wider den Vater auf Herausgabe des mütterlichen Erbantheils, ihre Klage darauf stützend, daß die Eltern nicht, nach Eigenthumsrecht, in Gütergemeinschaft, sondern als freie Personen, in getrennten Güterverhältnissen gelebt hätten. Sie behauptete insbesondere, daß die Anwendbarkeit des Eigenthumsrechts durch die Eigenbehörigkeit der Personen bedingt sei, und daß dem Gutsherrn und dem Colonen nicht die Befugniß zustehe, das unter solchen Verhältnissen nach den für freie Höfe geltenden Grundsätzen zu beurtheilende Colonat und dessen Bewohner dem Eigenthumsrechte zu unterwerfen, und daß mindestens eine solche Verfügung nicht auf die Verhältnisse ihrer fremd auf den Hof aufgeheiratheten Mutter anwendbar sein könne. Das Gericht erkannte:

In Erwägung, daß der von Seiten des klägerischen Anwalts vertheidigte Rechtssatz, daß die Aufhebung der Eigenbehörigkeit eines Colonen die der Eigenbehörigkeit des Colonats von selbst nach sich ziehe, in der allegirten Eigenthumsordnung nicht ausgesprochen und eben so wenig aus den Bestimmungen dieses Gesetzes zu deduciren ist;

in weiterer Erwägung, daß in dem von den Parteien oft angezogenen Contracte vom 17. Januar 1798 nur die persönliche Unfreiheit der Colonen auf der Stätte des Beklagten aufgehoben und daneben die Rechtsverhältnisse des Borcherding'schen Colonats in gewissen speciell angegebenen Beziehungen abgeändert sind, wogegen zufolge ausdrücklicher Bestimmung der Contrahenten in allen übrigen Beziehungen jene Rechtsverhältnisse durch den Contract keine Modification erfahren haben, insofern vielmehr die Rechtsgrundsätze des Osnabrück'schen Eigenthumsrechts zur Anwendung gebracht werden sollten, wie sich denn auch die beabsichtigte Beibehaltung des eigenthumsherrlichen Verbandes noch insbesondere daraus ergiebt, daß das Heimfallsrecht des Eigenthumsherrn, wenn auch in beschränkter Maße, ausdrücklich aufrecht erhalten ist, — hiernach aber nicht bezweifelt werden kann, daß zwi-

Digitized by Google

schen dem Beklagten und der Mutter der klägerischen Ehefrau Gütergemeinschaft stattgefunden hat und daß zufolge derselben das von der gedachten verstorbenen Ehefrau des Beklagten in der Borcherding'schen Stätte eingebrachte Vermögen in dieser verbleiben mußte;

in Erwägung hiernächst, daß so wenig in den Bestimmungen der Eigenthumsordnung, als in allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Grund aufzufinden ist, weswegen der Eigenthumsherr und der Colon — die einzigen zur Disposition über das Colonat Berechtigten — die Befugniß nicht haben sollten, die Rechtsverhältnisse der Stätte, welche sich aus der Eigenbehörigkeit der letzteren ergaben, theilweise aufzuheben und theilweise beizubehalten — auch die Rechtsverbindlichkeit des Contracts für die Mutter der klägerischen Ehefrau und diese, als Erbin derselben, nicht bezweifelt werden kann, da jene, indem sie auf das Borcherding'sche Colonat heirathete, offenbar diejenigen Rechtsverhältnisse anerkennen mußte, in welchen das Colonat zu dieser Zeit sich befand; wird die erhobene Berufung als unbegründet verworfen.

III. Civilsenat. Sander c. Borcherding. 24. December 1857.

64.

Vorzug des männlichen Geschlechtes vor dem weiblichen bei der Collateralerbfolge in Meiergüter in der Grafschaft Hoya.

Die Frage, ob der Vorzug des männlichen Geschlechtes vor dem weiblichen bei der Erbfolge in Meiergüter in der Grafschaft Hoya auch auf die Collateralerbfolge Anwendung finde, ist von dem Königlichen Ober-Appellationsgerichte bejahend entschieden worden.

Die Entscheidungsgründe gehen dahin:

In Erwägung,

1) daß allerdings zwar in der für die Grafschaft Hoya rücksichtlich der Erbfolge in die Meiergüter maßgebenden Ver-

Digitized by Google

ordnung vom 29. Jan. 1720 der Vorzug des männlichen Geschlechtes vor dem weiblichen zunächst für die Kinder des letzten coloni festgesetzt worden, eine analoge Ausdehnung dieser gesetzlichen Bestimmung aber auf die gleich nahen, zur Succession in das seinem Wesen nach untheilbare Meiergut berufenen Collateralen für die Grafschaft Hoya in wiederholten übereinstimmenden Entscheidungen der Gerichte für statthaft erachtet worden ist, in Befolgung dieses, die Nachfolge der Seitenverwandten gewohnheitsrechtlich regulirenden Grundsatzes nun der Beklagten gegenüber der Klägerin, in Ermangelung etwa zulässiger anderweiter Regulirung des betreffenden Successions-Falls, ein bevorzugtes Folgerecht zugesprochen werden muß.

I. Civilsenat. Bielefeld c. Goldschrafe. 13. Juli 1858.

65.

1. **Die Klage auf Festsetzung und Entrichtung des Altentheils muß gegen den Interimswirth gerichtet werden.**
2. **Klage auf Altentheilsprästande aus der Vorzeit.**

Klägerin als Meierswittwe klagt auf Festsetzung ihres Altentheils und Nachlieferung desselben seit 1849, zu welcher Zeit ihr Recht auf den Altentheil existent geworden ist. Sie hat die Klage gegen die Vormundschaft der minderjährigen Kinder des letzten Stellwirths gerichtet, während die Stelle von einem Interimswirthe bewirthschaftet wird.

Es wurde erkannt, daß der Anspruch auf Festsetzung und Entrichtung des Altentheils, wenn ein Interimswirth auf der Stelle vorhanden sei, gegen den Interimswirth und nicht gegen die Vormundschaft der minderjährigen Kinder des verstorbenen Stellwirths zu verfolgen sei. Ferner wurde ausgesprochen, daß der Klägerin lediglich der Altentheil seit behändigter Klage zustehe, weil die Rückstände seit 1849 betreffend bis zur Ermittlung und Feststellung der Leibzucht der Klägerin lediglich

Digitized by Google

ein Anspruch auf jene Handlungen, nicht auch auf die praestanda selbst erwachsen sei.

III. Civilsenat. Rühl c. Riechers. 28. Jan. 1859.

66.

Anwendbarkeit des römischen Dotalrechts bei Brinksitzerstellen im Fürstenthum Hildesheim.

Die entscheidenden Worte einer Ehestiftung vom 21. November 1842 lauten: „Die Braut will unter Bewilligung der Vormünder ihren Bräutigam zu sich nehmen und demselben die von ihrer Mutter herrührende in Schmedenstedt sub Nr. 50 belegene Brinksitzerstelle mit allem Zubehör und Gerechtigkeiten und zwei halben Vorlingen Landes verfreien."

Das Gericht I. Instanz erkannte, daß durch obige Disposition der Ehemann an der Brinksitzerstelle nur die nach deutschem Rechte zu beurtheilenden Befugnisse eines aufheirathenden Hofeswirths erworben habe und die Anwendung des römischen Dotalrechts unzulässig sei.

Diese Entscheidung wurde von dem Ober-Appellationsgerichte reformirt und erkannt, daß die Ehestiftung vom 21. November 1842 die Absicht der Betheiligten deutlich zu erkennen gibt, daß dem Kläger die streitige Brinksitzerstelle als dos im römischrechtlichen Sinne in die Ehe hat inferirt werden sollen, und daß die Befugniß der Paciscenten die römischrechtlichen Grundsätze über Dotalsachen zur Anwendung zu bringen überall nicht zweifelhaft sein kann, da nichts dafür vorgebracht ist, daß die mehrgedachte Stelle sich im gutsherrlichen Verbande befinde, wie denn auch die Bezeichnung derselben als einer Brinksitzerstelle gegen ein solches Abhängigkeitsverhältniß spricht.

III. Senat. Ahrens c. Böhme. 5. Octbr. 1858.

Digitized by Google

67.

Die Regel „Längst Leib längst Gut“ gilt in der ganzen Grafschaft Hoya.

Dem Beklagten war der Beweis nachgelassen, „daß in der Grafschaft Hoya, oder insbesondere in dem Flecken Liebenau die Regel „Längst Leib längst Gut“ bei Bürgern unter kinderlosen Eheleuten gewohnheitsrechtlich gelte.“

Das Ober-Appellationsgericht war bei dieser Beweisauflage unter Anschluß an frühere gleichmäßige Aussprüche der Landesgerichte davon ausgegangen, daß die Regel Längst Leib längst Gut bei Bauern auf dem Lande in der Grafschaft Hoya gewohnheitsrechtlich feststehe, daraus aber ein Schluß auf das Recht der Bürger in den Flecken nicht nothwendig abzuleiten und deshalb noch eine Beweisführung erforderlich sei.

Auf Grund einer umfangreichen, durch Urkunden und Zeugen erbrachten Beweisführung wurde in einem eingehend motivirten Urtheile vom 28. April 1859 der oben bezeichnete Beweis für vollständig geführt erkannt.

I. Civilsenat. Dohrmann c. Ritscher. 28. April 1859.

68.

Kirchenbaulast im Fürstenthume Lüneburg.

„Nach kanonischem wie nach particularem Kirchenrechte beruht die Kirchenbaulast nicht auf dem Besitze der Kirchenstühle.“ Es ist vielmehr nach der Verordnung vom 9. November 1735 der Beitragsfuß nach dem in jedem Kirchspiele bestehenden Herkommen oder nach der Bestimmung der Landesregierung anzusetzen und kommt es daher hier darauf an, ob von der zuständigen Behörde eine desfallsige Festsetzung erfolgt ist.

II. Senat. Walsrode c. Domanium. 9. November 1857.

Digitized by Google

69.

Zu cap. III. der Bremischen Polizeiordnung.

cfr. 1856—1857. Nr. 44.

Nach den Vorschriften im cap. III. der Bremenschen Polizei-Ordnung ist, insbesondere unter Berücksichtigung der aus den Eingangsworten des §. 4 sich näher ergebenden ratio legis, zwar überall nicht zu bezweifeln, daß im Interesse der Conservation der Höfe, so wie im Interesse des Gutsherrn und des Staats zur Vermeidung von Beschwerungen sowohl bei Ehestiftungen, als bei sonstigen den Hof afficirenden Dispositionen die Zuziehung des Gutsherrn und bei Erbexen die Approbation der Beamten bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich ist; dagegen ist nach den wesentlich mit zu berücksichtigenden Motiven des Gesetzes eine absolute Nichtigkeit aus dem formellen Mangel einer gutsherrlichen oder obrigkeitlichen Zuziehung nicht abzuleiten, und insbesondere in allen denjenigen Fällen nicht anzunehmen, in welchen weder vorgedachtes Interesse verletzt worden, noch überhaupt eine Beschwerung des Hofes in Frage steht. Hiernach ist also dem durch eine unangemessene Größe der Abfindung beschwerten Hofbesitzer, nicht aber, abgesehen von einer etwaigen Pflichttheils-Verletzung, demjenigen, welchem angeblich zu wenig zugebilligt worden, eine Anfechtungsbefugniß einzuräumen, in dem vorliegenden Falle mithin, da der Beklagte das Interesse des Hofes durch die Abfindungsbestimmung nicht verletzt erachtet, keineswegs die Klägerin, welche eine größere Abfindungsleistung verlangt, befugt, den Mangel in der Form zu dem Zwecke, die Bestimmung selbst als nichtig darzustellen, geltend zu machen.

II. Senat. Bellmann c. Hauschildt. 11. März 1856.

Digitized by Google

70.

Im Kirchspiele Scheessel und in Stemmen, ebenso im Kirchspiele Schneverdingen gilt zu Gunsten des ältesten Sohnes das strenge Anerbenrecht bei Meiergütern.

In Veranlassung eingehender Beweisführungen ist der Beweis eines Gewohnheitsrechts dahin als völlig geführt anerkannt, daß in den Kirchspielen Schneverdingen, Scheessel und in specie in dem Orte Stemmen dem ältesten Sohne des Meiers durch Dispositionen des Vaters und der Gutsherrschaft — abgesehen von wirklichen Nothfällen — die Nachfolge im Hofe nicht entzogen werden kann.

II. Civilsenat. In Sachen Trau c. Meinecke und Baden c. Könemann. 15. April 1859.

71.

Beweislast bei Impensenforderungen.

Der Beklagte, auf Herausgabe eines von ihm seit einigen Jahren bewirthschafteten Hofes verklagt, macht Impensenforderungen geltend. Kläger will diese nur so weit ersetzen, als dies nicht schon durch die Auftünfte des Hofes geschehen ist, und verlangt, daß Beklagter, als Voraussetzung seiner Ansprüche, den Beweis führe, er habe das Geforderte als plus über die fraglichen Auftünfte hinaus verwandt.

Das Gericht erkannte jedoch, daß die Behauptung und der Nachweis, daß nicht durch die Auftünfte des Hofes die Impensen gedeckt seien, zur Begründung der Gegenforderungen nicht gehöre, es dem Kläger vielmehr obliege, seine Ansprüche wegen solcher Abzüge compensando geltend zu machen und zu substantiiren.

II. Senat. Trau c. Meinecke. 28. Sept. 1858.

Digitized by Google

72.

Der Einwand der mangelnden Insinuation von Schenkungen. Umfang; ist als Replik unzulässig.

cfr. 1857—1858 Nr. 79.

Der Mangel gerichtlicher Insinuation hebt weder ohne Weiteres noch namentlich ihrem vollen Werthbetrag nach eine Schenkung auf; vielmehr beschränkt sich die Aufhebung auf die den Betrag von 500 solidi übersteigende Summe.

Auch kann der von dem Kläger aus dem Mangel gerichtlicher Insinuation abgeleitete Anspruch nicht sowohl im Wege einer Replik, als vielmehr nur im Wege einer selbstständigen und entsprechend substantiirten Anfechtungsklage geltend gemacht werden.

III. Civilsenat. Bogemann c. Schulte. 25. Sept. 1857.

73.

Zuständigkeit des Gerichts für Scheidung einer gemischten Ehe.

Eine protestantische Ehefrau klagte wider ihren katholischen Ehemann bei dem evangelischen Consistorio zu Hannover auf Scheidung. Das Consistorium wies von Amtswegen die Klage wegen Incompetenz zurück. Das Ober-Appellationsgericht reformirte mit den Entscheidungsgründen: „Da nach dem Begriffe der christlichen Ehe als eines unter den Einwirkungen der Kirche stehenden sittlichen Verhältnisses mit rechtlichen Folgen in den Fällen, wo wie hier eine Ehe unter den Bekennern verschiedener christlicher Confessionen in Frage steht, einer jeden der in Betracht kommenden Kirchen ein gleichberechtigter Einfluß auf eine solche Ehe gebührt, mag es um ihre Schließung, ihre Aufrechthaltung oder ihre Auflösung sich handeln, folglich im vorliegenden Falle ein jeder der beiden Ehegatten in Ansehung seines ehelichen Verhältnisses der geistlichen Gerichtsbarkeit einer jeden der beiden Kirchen unterliegt, unter concurrirenden Gerichten aber dem Kläger die Wahl zu-

Digitized by Google

steht, so hat das Consistorium sich zur Instruction der präsentirten Klage für incompetent von Amtswegen nicht zu erkennen.

I. Senat. Futterer c. Futterer. 4. März 1857.

74.

Subjective Klagenhäufung.
Zu §. 34 der B. P.-O.

Der Kläger beansprucht wider die Königl. Domainencammer eine servitutische Berechtigung zum Steinholen aus Domanialforsten und erklärt principaliter als Syndicus der Realgemeinde Polle, eventuell für die politische Gemeinde Polle und eventuell als Vertreter der Besitzer der Reihestellen in Polle die fragliche Berechtigung geltend machen zu wollen.

Das Gericht I. Instanz ließ diese Klagecumulation nach §. 34 der B. P.-O. zu. Von dem Berufungsgerichte wurde dieselbe mit folgenden Entscheidungsgründen verworfen:

„Der §. 34 der B. P.-O. läßt eine subjective Klagenhäufung — von dem Falle einer Streitgenossenschaft abgesehen — nur ausnahmsweis zu. Er gestattet dieselbe, wenn gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen auf einem im Wesentlichen gleichartigen Rechtsgrunde beruhen, und befürwortet selbst für diesen Fall, daß durch die simultane Verhandlung der gemeinschaftlich eingeführten Klage keine Unordnung in dem Proceßgange entstehen dürfe. Auf den vorliegenden Fall trifft die Ausnahmsbestimmung des citirten §. 34 aber nicht zu. Es handelt sich hier nicht um gleichartige Ansprüche mehrerer Kläger, welche auf einem im Wesentlichen gleichartigen Rechtsgrunde beruhen, sondern in Wahrheit um einen und denselben Anspruch, welchen Mehrere nicht verfolgen können und zu dessen Verfolgung die Mehreren auch um deswillen nicht zuzulassen sind, weil sie sich in das Verhältniß der Eventualität setzen. Der Natur der Sache nach kann es einem Beklagten nicht zugemuthet werden, wegen eines und desselben Anspruchs gleichzeitig mit Mehreren zu streiten, von welchen ein Jeder für sich behauptet, der Berechtigte zu sein, und es

Digitized by Google

ist kein genügender Grund vorhanden, die Ausnahmsbestimmungen des gedachten §. 34 auch auf diese Art von Cumulation zu beziehen.

Deshalb kann auch auf die abgegebene Erklärung des klägerischen Anwalts nichts ankommen, man finde bei einer Emendation in dem Sinne Nichts zu erinnern, daß, wenn der principalen Klage stattgegeben werde, die übrigen eventuellen Klagen cessiren müßten. Es muß demnach allerdings die von dem Kläger versuchte und von dem Gerichte I. Instanz zugelassene Klagencumulation für unstatthaft erkannt werden.

Gleichwohl ist der Antrag der Beklagten, dieserhalb die Klage sammt und sonders zurückzuweisen, nicht begründet. Dieser Antrag würde nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn anzunehmen wäre, daß der für die Klägerin aufgetretene Syndicus eben nur für die Realgemeinde, die politische Gemeinde und die einzelnen Reihestellen i n s g e s a m m t habe klagen wollen.

Daß dieses nicht beabsichtigt ist, ergiebt sich daraus klar, daß von demselben ausdrücklich erklärt ist, er klage principaliter für die Realgemeinde. Diese Klage ist statthaft. Sie ist zuzulassen und nur diejenige der politischen Gemeinde und diejenige der einzelnen Reihestellen aus diesem Verfahren zurückzuweisen.

I Civilsenat. W e b e r c. Domanium. 14. Oct. 1858.

75.

Einrede der Litispendenz aus der Anmeldung im Concurse hergeleitet.

Nach Eröffnung des Concurses können die Gläubiger des Gemeinschuldners ihre Befriedigung aus dem bis dahin vorhandenen Vermögen desselben nur durch Wahrnehmung ihrer Rechte im Concurse bewirken.

Nur zum Zwecke der Befriedigung aus später erworbenem Gute können sie den Gemeinschuldner angreifen. In dieser Hinsicht sind sie nicht genöthigt, die Beendigung des Concursprocesses abzuwarten.

Digitized by Google

Der Beklagte kann daher auf die Behauptung, daß das über ihn verhängte Concursverfahren zur Zeit der Erhebung der jetzigen Klage noch fortgedauert habe, eine Einrede der Litispendenz nicht stützen.

I. Civilsenat. Willershausen c. v. Elm. 25. Januar 1859.

76.

Kosten der Assistenz eines Advocaten neben dem Anwalte bei den höheren Gerichten. — Bedeutung des §. 50 der B. P.-O.

Der Anwalt, welcher die Partei in erster Instanz vertreten hatte, hielt beim Berufungsgericht, unter Assistenz des dortigen Anwalts, in einem Termine den mündlichen Vortrag. Später liquidirte er gegen seine eigene Partei die dadurch entstandenen Kosten, indem er sich theils auf die für die Führung der Sache ertheilte allgemeine Vollmacht, und theils auf einen besondern Auftrag zur Uebernahme des Vertrages in dem fraglichen Termine berief. Das Gericht setzte die Kosten in berathender Sitzung fest und gab der Partei die Bezahlung derselben nach den Vorschriften des §. 50 der B. P.-O. auf. Die Partei erhob Gegenvorstellung, indem sie bestritt, daß die allgemeine Proceßvollmacht sie zur Bezahlung dieser Kosten verpflichte, und indem sie den behaupteten besondern Auftrag in Abrede stellte.

Das Gericht erkannte auf Beweis dieses besondern Auftrages, in Betracht, daß die dem Anwalt ertheilte Proceßvollmacht den Auftraggeber nicht unbedingt verpflichtet, diesem selbst für alle Handlungen, welche er kraft dieser Vollmacht vorgenommen, vollständige Schadloshaltung zu gewähren, indem dabei immer der Gesichtspunkt festzuhalten ist, daß der Beauftragte sich innerhalb der Grenzen einer pflichtgetreuen Ausführung des Mandats gehalten haben muß, letzteres aber ohne Weiteres dann nicht angenommen werden kann, wenn der Anwalt Handlungen vorgenommen hat, welche das Gesetz

Digitized by Google

der ihm angewiesenen Sphäre entrückt und einer andern Person, dem Anwalt bei dem höheren Gerichte, zugewiesen hat.

In Bezug auf den bei der Verhandlung erhobenen Zweifel, ob ein Beweisverfahren zuzulassen sei, wurde in den Entscheidungsgründen hervorgehoben, daß nach §. 50 der V. P.-O. zwar die erste Festsetzung der Kostenrechnungen ohne ein Beweisverfahren erfolgen soll, daß diese Bestimmung aber dann nicht zur Anwendung kommen kann, wenn über eine Gegenvorstellung contradictorisch verhandelt ist und die Rechtmäßigkeit einzelner Ansätze von bestrittenen factischen Voraussetzungen abhängt.

III. Senat. Dyckhoff c. Ebeler. 10. Juni 1858.

77.

Die Behändigung der Berufungsanträge an einen von mehreren Vormündern des Berufungsbeklagten ist wirksam.

Die vom Kläger wider die beiden verklagten Weselmannschen Vormünder erhobene Berufung wurde als desert angefochten, weil die Anträge innerhalb der Berufungsfrist nur an Einen der beiden Vormünder behändigt waren.

Der II. Senat des Königl. Ober-Appellationsgerichts erkannte:

In Erwägung, daß als Gegenpartei hier nicht jeder der beiden Vormünder, sondern die beklagtischen Pupillen erschienen, denen gegenüber die Behändigung genügend beschafft ist, wenn die Zustellung nur an einen ihrer beiden Vormünder erfolgte, und daher die Zulässigkeit der Berufung in keinerlei Weise dadurch afficirt sein kann, wenn die überall nicht weiter erforderliche Behändigung der Berufungsanträge an den andern Vormund nach Ablauf der Berufungsfrist Statt gefunden hat.

II. Senat. Weselmann c. Weselmann. 26. Mai 1858.

Digitized by Google

78.

Zu §§. 140. 141 der B. P.-O.

cfr. Entscheidungen pro 1857—1858. Nr. 82.

Wenn die Partei auf persönliche Behändigung der in §. 140 der B. P.-O. gedachten Verfügungen verzichtet hat, so ist bei der absoluten Vorschrift des §. 141 der B. P.-O. eine an die Partei erfolgte Behändigung des der Berufung unterliegenden Urtheils nicht geeignet, den Beginn der Berufungsfrist herbeizuführen.

III. Civilsenat. Bogemann c. Schulte. 25. September 1857.

79.

Nachträgliches Vorbringen von Beweismitteln.

B. P.-O. §. 242.

Ein von den Klägern in den schriftlichen Beweisanträgen benannter, in unmittelbarer Nachbarschaft derselben wohnender Zeuge starb 17 Tage vor dem Beweistermine, wurde aber in dem Termine gleichwohl von ihrem Anwalte als Zeuge benannt. Später erklärten die Kläger, mehre Urkunden, mehre Zeugen und Eideszuschiebung auf Grund des §. 242 Nr. 1 der B. P.-O. an die Stelle des verloren gegangenen Zeugen setzen zu wollen. Der Beklagte bestritt zunächst die Anwendbarkeit des §. 242, weil der Zeuge schon, ehe er (im Beweistermine) vorgebracht worden, verstorben und sein Tod den Klägern sogleich bekannt geworden sei; stellte ferner zur Erwägung, ob die angezogene Gesetzesstelle die neuen Beweismittel in unbeschränkter Zahl und Art zulasse; eventuell schlug auch er behuf des directen Gegenbeweises mehre neue Zeugen vor. Die Zulassung der letztern wurde wiederum von den Klägern bestritten. — Das Gericht erkannte:

In Erwägung, daß der in der Zwischenzeit zwischen der schriftlichen und der mündlichen Bewegung eines Zeugen erfolgte Tod des letztern als Verlust eines vorgebrachten Beweismittels im Sinne des §. 242 Nr. 1 der Proceßordnung

Digitized by Google

wenigstens dann aufzufassen ist, wenn, wie regelmäßig, daher auch im vorliegenden Falle, anzunehmen steht, der Anwalt des Beweisführers zur Zeit der mündlichen Benennung des Zeugen keine Kenntniß von dessen inzwischen erfolgtem Tode hatte;

in Erwägung, daß, da die im obigen Gesetze für solchen Fall gegebene allgemeine Befugniß die Substituirung anderer Beweismittel weder in Ansehung der Zahl, noch in Ansehung der Art der Beweismittel beschränkt werden, den Klägern unbenommen ist, an die Stelle des ausgefallenen Zeugen sowohl eine Mehrzahl von Zeugen, als auch Urkunden und Eideszuschiebung zu setzen;

in Erwägung, daß die dem Beweisführer gegebene allgemeine Befugniß selbstverständlich und in gleicher Maße auch dem Gegenbeweisführer zu Statten kommt:

wird die Beweis- und Gegenbeweis-Antretung zugelassen.

III. Senat. Eisfing c. Hegemann. 1. Dec. 1858.

80.

Eidesleistung für das Finanz-Ministerium.

cfr. §. 286 der B. P.-O.

In der Berufungssache der Gemeinde Salzhemmendorf, Kläger, wider die Königliche Domainen-Cammer, jetzt das Königliche Finanz-Ministerium zu Hannover, Beklagte, wegen Eigenthums, eventuell des Rechts zur ausschließlichen Benutzung des Salzer-Limbergs, handelte es sich um Ausschwörung eines der beklagten Partei zuerkannten nothwendigen Eides. Es ist vom Anwalte des Königl. Finanz-Ministerii beantragt, daß entschieden werden möge:

der von Letzterem zu leistende Reinigungseid sei durch den Cammer-Consulenten R. als bisherigen Sachführer auszuschwören,

während der Anwalt der klagenden Gemeinde beantragte:

daß vielmehr entschieden werde, es habe die Eides-

Digitized by Google

leistung durch den Anwalt des Königl. Finanz-Ministerii bei Königl. Ober-Appellationsgerichte stattzufinden.

Nachdem diese Differenz durch sofort publicirten Beschluß des Gerichts dahin entschieden war:

der nach Maßgabe der Finalbestimmung des §. 286 der Proceßordnung zu leistende Eid sei durch den Anwalt auszuschwören,

erhob sich ein neuer Streit über folgenden Punkt: Der Anwalt der Klägerin machte geltend, nach Maßgabe der eben gedachten Finalbestimmung des §. 286 müsse der Anwalt des beklagten Ministerii den Eid auch im Namen der Mehrzahl der die juristische Person im Allgemeinen vertretenden physischen Personen ausschwören. Das seien hier die in der Abtheilung für Domainen und Forsten im Königl. Finanz-Ministerio angestellten Personen. Diese haben also den Beschluß über die Leistung oder Verweigerung des fraglichen Eides zu fassen und die Vollmacht für den Anwalt auszustellen. Der Letztere führte dagegen aus,

daß lediglich der Finanzminister als alleiniger Vertreter der juristischen Person des Fiscus den fraglichen Entschluß zu fassen und die fragliche Vollmacht auszustellen habe.

Beide Theile stellten diese Differenz zur Entscheidung des Gerichts und waren übrigens darüber einverstanden, daß dieser und der erstgedachten Entscheidung gemäß die Eidesworte festzustellen seien und das nach dem Urtheil vom 7. October 1858 zu Beschwörende in die Vollmacht zur Leistung des Eides aufzunehmen sei. Das Gericht erkannte:

In Erwägung nun, daß die hier fragliche juristische Person, das gegenwärtig dem Königl. Finanz-Ministerio zugewiesene Domanium, nicht eine Mehrheit von physischen Personen zu Vertretern hat, sondern allein von dem in seinem Departement von dem Veto anderer bei demselben angestellten Personen völlig unabhängigen Königl. Finanz-Ministerio vertreten

Digitized by Google

wird, folglich auch nur in dessen Namen der hier fragliche Eid auszuschwören, also auch nur von ihm der Beschluß über die Leistung oder Verweigerung desselben zu fassen, und die Vollmacht zu dessen Ableistung auszustellen ist, wird der Wortlaut des von dem Anwalte des Königl. Finanz-Ministerii im Termine vom 7. März d. J. abzuleistenden Eides dahin festgestellt:

ich schwöre ꝛc. ꝛc.

im eigenen Namen, daß ich nach sorgfältiger Aufsuchung und Prüfung der den streitigen Gegenstand betreffenden Nachrichten nicht weiß, daß der Gemeinde Salzhemmendorf das Eigenthum am Salzer-Limberg zusteht,

und im Namen des Königlichen Finanz-Ministers: daß dieser nach sorgfältiger Aufsuchung der den streitigen Gegenstand betreffenden Nachrichten, nicht weiß, daß der Gemeinde Salzhemmendorf das Eigenthum am Salzer-Limberge zusteht, und entschieden,

daß der Anwalt des Königlichen Finanz-Ministeriums sich zur Ausschwörung des letzten Theils von diesem Eide durch eine vom Königlichen Finanz-Minister auszustellende, diesen Theil des Eides wörtlich wiedergebende Vollmacht zu legitimiren habe.

I. Civilsenat. Salzhemmendorf c. Domanium. 27. Januar 1859.

81.

Eidesdelation über die Qualität von Wein ist zulässig. — Der Delat muß, da er ein Weinhändler ist, de veritate schwören.

cfr. §. 292, 278 der B. P.-O.

Den Klägern ist der Beweis nachgelassen, daß der in den beiden vom Kläger an die Verklagten übersandten Stückfässern befindliche Wein seiner Qualität nach der beim Abschlusse des Handels vorgelegten Probe entsprochen habe.

Das Gericht erkannte, daß Beklagte, welche Weinhändler sind, die Negation dieses Beweissatzes de veritate zu erhärten

Digitized by Google

haben, weil eine Zusammenhaltung des §. 292 al. 3 mit §. 278 al. 4 der B. P.-O. zu einem solchen Verständnisse des letzteren führt, daß danach eine Eidesdelation über eine Thatsache, zu deren Erkennung Sachverständniß nöthig ist, am wenigsten da unzulässig erscheint, wo wie hier die Delaten zweifellos die erforderlichen Sachkenntnisse selbst haben und selbst in der Lage waren, die zu begutachtenden Thatsachen zu percipiren.

Hieraus ergiebt sich auch, daß Beklagte den Eid in einer Form schwören müssen, welche unmittelbar auf die Wahrheit der fraglichen Thatsache lautet.

I. Civilsenat. Glahn c. Knodgen. 19. April 1859.

82.

Neue Ansprüche in der Berufungs-Instanz.

Gegen eine Forderung des klagenden Krudop'schen Curators machte der Beklagte Hostmann im Wege der Compensation und eventuell der Widerklage verschiedene Schadensersatzansprüche geltend, welche vom Großen Senat des Königl. Obergerichts in Celle als unsubstantiirt verworfen wurden.

Der Beklagte erhob Berufung und brachte zur Begründung jener Ansprüche verschiedene neue thatsächliche Behauptungen vor.

Vom Kläger wurde die formelle Unzulässigkeit dieser Nova auf Grund des §. 417 der B. P.-O. geltend gemacht.

Der II. Civilsenat des Königl. Ober-Appellationsgerichts gab diesem Einwande statt, indem er folgende Gründe hervorhob:

In Erwägung, daß die erst in dieser Instanz versuchte bessere thatsächliche Begründung der betreffenden Ansprüche jedenfalls formell unzulässig ist, da die Anführung neuer Thatsachen zur Begründung jener Ansprüche eine Veränderung derselben involvirt, welche nach Vorschrift der Proceßordnung gerügt werden darf, und sowohl rücksichtlich der Widerklage als auch wegen der Compensations-Einrede unzulässig ist, weil, wenn gleich im Uebrigen neue Einreden vorgeschützt werden

Digitized by Google

dürfen, die Geltendmachung einer Compensations-Einrede zugleich die Erhebung einer Forderung enthält, welche in der Berufungs-Instanz nur unter besonderen hier nicht vorliegenden Voraussetzungen neu verfolgt werden kann.

II. Senat. Hoffmann c. Krudop. 25. Mai 1859.

83.

§. 301 und §. 432 der B. P.-O.

Das Gericht erster Instanz hatte ein purificirendes Urtheil abgegeben, war aber nach der Meinung des Berufungsklägers dabei in erheblichen Punkten von dem zu purificirenden bedingt endlichen Urtheile abgewichen. Derselbe hielt die Berufung für zulässig, weil der Satz 3 des §. 301 der B. P.-O. die Berufung nur gegen eine solche Verfügung ausschließt, welche das durch die Leistung eines Eides bedingte Erkenntniß lediglich (also ohne eine Abweichung) purificire. Eventuell machte er die Abweichung als Nichtigkeitsgrund geltend unter Bezugnahme auf §. 432 Nr. 2, in der Meinung, daß, wenn die Berufung nach dem §. 301 verwerflich sei, dieser Grund als ein formeller erscheine, und daher das Gericht über den Nichtigkeitsgrund besonders zu entscheiden habe. — Das Gericht erkannte, daß die erhobene Berufung zufolge des §. 301 Absatz 3 der B. P.-O. sich als unzulässig darstelle, da durch das Urtheil erster Instanz, gegen welches sie gerichtet worden, nur ein durch die Leistung eines Erfüllungseides bedingtes Erkenntniß purificirt sei; — daß ferner, wenn auch die behauptete Nichtigkeit dem Urtheile erster Instanz vorzuwerfen sein sollte, dieselbe doch nach §. 432 Nr. 2 der B. P.-O. nur dann würde geltend gemacht werden können, wenn dieses Rechtsmittel überhaupt als zulässig anzusehen wäre.

III. Senat. Tinnen c. Emmeln. 9. März 1859.

Digitized by Google

84.

Die unrichtige richterliche Interpretation eines rechtskräftigen Urtheils bildet keinen Nichtigkeitsgrund.

In erster Instanz war vom Kleinen Senat des Königl. Obergerichts in Göttingen dem Kläger ein Beweis auferlegt und nachher für bis zum Erfüllungseide geführt erkannt. Der Beklagte erhob im Wege der Berufung Beschwerde gegen das letzte Urtheil, nicht gegen das Beweisurtheil. Der Große Senat des nämlichen Obergerichts reformirte, indem er den Beweissatz in entgegengesetztem Sinne, wie solches vom Kleinen Senate geschehen war, interpretirte, und auf Grund dieser Interpretation den Beweis für verfehlt und widerlegt erkannte.

Kläger erhob die Nichtigkeits-Beschwerde, gestützt auf §. 431 der B. P.-O. sub Nr. 9, indem er zu deduciren suchte, daß die Entscheidung des Großen Senats gegen die in dem Beweis-Interlocute enthaltene rechtskräftige Entscheidung anstoße. Der Beklagte machte dagegen die Ansicht geltend, daß eine richterliche Interpretation überhaupt nicht, jedenfalls nicht dann, wenn eine Veranlassung zum Interpretiren vorgelegen habe, als ein Verstoß gegen die interpretirte Entscheidung behandelt werden dürfe.

Der Civil-Cassations-Senat entschied hierauf:

„In Erwägung, daß der fragliche Beweissatz seiner Fassung nach allerdings Raum zu einer verschiedenen Auffassung desselben bot,

in einem solchen Falle aber die vom Richter geforderte Interpretation desselben, möchte ihre Irrigkeit auch noch so sicher nachweisbar sein, nicht als ein Verstoß gegen die Rechtskraft des Beweissatzes aufgefaßt werden kann,

wird die Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers verworfen.

Civilcassationssenat. Meyerfeld c. Bedderſen. 5. Juli 1858.

Digitized by Google

85.

Bei der Zwangsvollstreckung im Auslande ist der Erlaß eines Zahlungsgebotes nicht erforderlich.

Um die Zwangsvollstreckung gegen einen im Auslande wohnenden Beklagten zu erwirken, hatte der Kläger das vollstreckbare Urtheil bei der Staatsanwaltschaft des betreffenden hiesigen Obergerichts mit dem Ersuchen überreicht, das zuständige auswärtige Gericht behuf der Vornahme der Execution zu requiriren. Das auswärtige Gericht gab dem Beklagten bei Meidung der Execution auf, die ausgeklagte Summe zu bezahlen, oder aber nachzuweisen, daß er binnen einer Frist von einer Woche bei dem Gericht der requirirenden Behörde Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung eingebracht habe. Der Beklagte erhob nun den Einwand, daß der Kläger, anstatt des von ihm an die hiesige Staatsanwaltschaft gerichteten Gesuchs, an dieselbe ein Zahlungsgebot durch einen beauftragten Gerichtsvoigt habe erlassen müssen. Mit diesem Einwande vom Obergerichte zu N. zurückgewiesen, verfolgte Beklagter die Berufung. Das Rechtsmittel wurde aus folgenden Gründen verworfen:

Der ganze fünfte Theil unserer Proceß-Ordnung „die Zwangsvollstreckung" bezieht sich nur auf die hier Landes vorzunehmenden Zwangsvollstreckungen. Die hier fragliche, von dem Bremischen Gerichte vorzunehmende Zwangsvollstreckung steht unter den Normen des dortigen Rechts. Jene hannoverschen Normen können sonach nur insoweit zur Anwendung kommen, als sie das Verfahren vor den hiesigen Gerichten hinsichts der diesen von jenen und dem requirirten Gerichte zugewiesenen besonderen Streitpunkte im Executions-Verfahren bezielen. Das im §. 535 der Proceß-Ordnung vorgeschriebene Zahlungsgebot fällt unter jene, dem Obigen zufolge im vorliegenden Falle nicht anwendbaren, Vorschriften des für das Zwangsvollstreckungs-Verfahren gegebenen fünften Theils der Proceß-Ordnung. Es enthält ohnedem, weil physischen Zwang bezielend, an und für sich schon den ersten Schritt der Zwangsvollstreckung selbst. Daß unser Gesetz solches von letzterer absondern und dieser entgegen-

Digitized by Google

setzen wolle, kann nicht aus denselben entnommen werden. Der auf eine dahin gehende Absicht hindeutende Ausdruck der vom Beklagten angezogenen Stellen erklärt sich durch die Annahme, daß hier die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, der physische Zwang, gemeint sei. Zu dieser Annahme nöthigt schon eine Zusammenhaltung jener Stellen, namentlich des alinea 2 im §. 535 mit den §§. 531 und 532, welche ergiebt, daß das Zahlungsgebot von dem mit der ganzen Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvoigte, also in dieser zu erlassen ist. (cfr. auch §. 578 alin. 4, 580, 582.) Weder daß die ganze Zwangsvollstreckung eines von hiesigen Gerichten gesprochenen Urtheils, auch wenn jene im Auslande erfolgen soll, von einem Gerichtsvoigte unseres Landes durchgeführt, wenigstens geleitet werden müsse, noch auch daß bei Vollstreckung eines von einem Gerichte dieses Landes abgegebenen Urtheils ein Zahlungsgebot durch einen Gerichtsvoigt unseres Landes vorkommen müsse, läßt sich aus jenen Vorschriften der §§. 531 und 535 ableiten, da sie keineswegs die Vollstreckung einländischer rechtskräftiger Erkenntnisse als solche, sondern alle Zwangsvollstreckungen bezielen, auf welche der fünfte Theil der Proceß-Ordnung Bezug hat, und unter diese, wie die §§. 528 und 533 ergeben, außer jenen auch noch mancherlei andere Gegenstände der Vollstreckung fallen. Am wenigsten aber ist die Vorschrift des alin. 3 im §. 535 zur Begründung der Annahme geeignet, daß ein durch einen Gerichtsvoigt dieses Landes abzugebendes Zahlungsgebot auch da stattfinden müsse, wo eine Execution im Auslande zu vollstrecken ist, da der Fall, daß einem im Auslande sich aufhaltenden Schuldner das Zahlungsgebot zuzustellen ist, auch sehr wohl bei einer im hiesigen Lande zu vollstreckenden Execution vorkommen kann, und gerade für diesen Fall von unserem Gesetzgeber Vorsorge zu treffen war.

Erkenntniß I. Senats in Sachen Ladenholz c. Wester vom 8. März 1859.

Digitized by Google

86.

Erzwingbarkeit der Nachlaßverträge in Insolvenz-Fällen lebender Schuldner.

(Lippe-Detmold.)

Dem in den Entscheidungsgründen des vorigen Urtheils enthaltenen, auch durch die in beiden Appellations-Instanzen producirten Erkenntnisse Lippischer Gerichte bestätigten Zeugnisse der höhern Landes-Gerichte zufolge, ist der in dem römischen Rechte zwar begründete, indeß dort auf den singularen Fall einer überschuldeten Erbschaft beschränkte Rechtssatz von der Erzwingbarkeit der Nachlaßverträge vermöge einer ganz constanten Praxis der Gerichte in dem Fürstenthum Lippe, gleichwie in der Mehrzahl der übrigen deutschen Länder, auch auf Insolvenz-Fälle lebender Schuldner im Allgemeinen für anwendbar erklärt worden; dieser also erwiesenen constanten Gerichtspraxis aber kann, wenn gleich dieselbe von diesem Gerichtshofe für das hannoversche Land keine Anerkennung, vielmehr später sogar eine ausdrückliche Beseitigung gefunden hat, doch für das Fürstenthum Lippe auch abseiten dieses als oberster Gerichtshof desselben erkennenden, Gerichtes die Anerkennung bei der Rechtsprechung nicht versagt werden, weil jene Praxis weniger einem blos theoretischen Irrthume ihre Entstehung verdankt, als vielmehr auf sonstige, den freien und willkürlichen Bestimmungen allerdings mehr oder minder anheimfallende, Gründe vermeintlicher Billigkeit oder Zweckmäßigkeit zurückzuführen ist und die aus solchen Ursachen hervorgegangene, in ihrem Beginne vielleicht nicht zu rechtfertigende, durch die Länge der Zeit jedoch sanctionirte constante gleichförmige Uebung jenes Rechtssatzes als die Praxis eines wirklichen Gewohnheitsrechts erscheint, welcher daher auch für das Rechtssystem des Fürstenthums Lippe mindestens in ihrer allgemeinen Richtung verbindende Kraft nicht wohl abzusprechen ist, wenn auch die Ansichten der Gerichte in den Einzelheiten, namentlich über

Digitized by Google

die Voraussetzungen und Wirkungen eines erzwingbaren Nachlaßvertrages geschwankt haben mögen.

I. Senat. Cohen c. Robertson. 21. März 1859. Michaelis c. Robertson. 21. März 1859.

87.

Verfahren auf Ausbleiben nach Vervollständigung der Beweise in der Berufungs-Instanz.

(B. P.-O. §. 239 Nr. 3 und §. 428.)

Die Klägerin hatte Berufung erhoben, weil in dem angefochtenen Urtheile der dem Beklagten auferlegte Beweis für bis zum Ergänzungs-Eide geführt erkannt war. Beide Theile brachten in der Berufungs-Instanz neue Beweis- und Gegenbeweismittel vor. In dem zur Verhandlung über die Berufung angesetzten Termine wurde das Beweismaterial aus den Acten erster Instanz nicht vorgelegt, vielmehr beschränkte sich die Verhandlung auf die Mittheilung des Sachverhältnisses bis zum Beweisurtheile und des angefochtenen Urtheils, auf die Aufstellung der Beschwerde, die Verlesung der Schlußanträge und auf die Production der neuen Beweismittel. Nachdem die Aufnahme der Beweise erfolgt war, wurde auf Antrag der Klägerin Termin zum weiteren Verfahren angesetzt. In diesem Termine aber entblieb die Klägerin. Der Beklagte beantragte nun zunächst, daß die Berufung auf Grund des §. 428 der B. P.-O. ohne Eingehen auf das Beweismaterial verworfen, eventuell aber, daß auf Grund des §. 239 Nr. 3 nach Vorlegung des Inhaltes der Acten über die von der Klägerin aufgestellte Beschwerde verhandelt und entschieden werden möge. Er bemerkte, daß dem ersten Antrage Statt zu geben sei, wenn man den Umstand für den wichtigern halte, daß es Sache der Klägerin gewesen sei, ihre Beschwerde durch Mittheilung des Beweismaterials aus der ersten Instanz zu begründen, dagegen dem zweiten Antrage, wenn man mehr Gewicht darauf lege, daß in dieser Instanz noch Beweise aufgenommen seien, und daher die Verhandlung, zu welcher der Termin angesetzt sei,

Digitized by Google

allein als eine Beweisausführung ansehe. — Das Gericht verwarf den ersten Antrag; es wurde sodann von einem Mitgliede des Gerichts der Inhalt der Acten erster und zweiter Instanz dargelegt, und, nachdem der Beklagte zur Sache verhandelt hatte, über die Berufungsbeschwerde der Klägerin erkannt.

III. Senat. Heidemeyer c. Schweltekop. 23. März 1859.

88.

Vindikationsbefugniß des Concurscurators bei verpfändeten Obligationen.

Der Banquier H., über dessen Vermögen im Juni 1858 das förmliche Concursverfahren eröffnet ist, hat von der Actiengesellschaft für Flachsbereitung in Hannover, als deren Banquier derselbe fungirte, verschiedene Gelder empfangen und im Laufe des stattgefundenen Geschäftsverkehrs derselben 40 Stück ihm gehörende und auf seinen Namen lautende Schuldverschreibungen (ausgestellt von den Inhabern der Saline Neuhall und über den Gesammtbetrag von 40,000 ℛ lautend) übergeben.

Der bei der Uebergabe ausgestellte Schein lautet: „Nachdem ich diejenigen Gelder des Vereins für Flachsbereitung aus der 5. und 6. Einzahlung, welche nicht sogleich verwandt werden können, einstweilen in Verwahrung genommen habe, so verspreche ich solche vom 15. October d. J. an mit 4% zu verzinsen, die laufenden Ausgaben davon zu bestreiten, Summen über 1000 ℛ jedoch erst nach einer Kündigung von 3 Monaten zurückzuzahlen.

Zur Sicherheit für Capital und Zinsen gebe ich dem Vereine für Flachsbereitung eine Hypothek an meinem ganzen Vermögen, insbesondere aber gebe ich demselben eine Sicherheit durch ein Capital von 40,000 ℛ, welches ich laut anliegender Obligationen Nr. 16—55 incl. jede über 10,000 ℛ an der Saline Neuhall bei Linden zu fordern habe und cedire solches

Digitized by Google

dem gedachten Vereine bis zu der erforderlichen Summe zur freien Verfügung.

Celle, am 6. November 1857.

C. H.

Der Concurscurator des C. H. klagt auf Herausgabe der fraglichen 40 Obligationen, da solche als Faustpfänder zu betrachten seien und zur Zeit der Concurseröffnung noch zu dem Vermögen des Cridars gehört hätten.

Der Große Senat des Königl. Obergerichts Hannover wies die Klage zurück, weil zwar eine Hingabe als Faustpfand vorliege, der Curator als solcher aber nicht berechtigt sei, Faustpfänder zu vindiciren.

Das Königl. Ober-Appellationsgericht hat diese Entscheidung mit den nachfolgenden Entscheidungsgründen aufgehoben:

„Die zunächst für die Entscheidung dieses Rechtsstreites in Betracht kommende Frage ist die,

> ob Verklagte durch die in der Erklärung des weil. Carl Hostmann vom 6. November 1857 documentirte Vereinbarung mit diesem Eigenthümerin oder publicianische Besitzerin der fraglichen vierzig Obligationen, oder aber nur Pfandbesitzerin derselben geworden ist?

Zu voller Elidirung der Klage würde jenes aber nur dann ausreichen, wenn nicht pro rata, sondern ganz die fraglichen Obligationen auf Verklagte übertragen wären, indem andern Falls Verklagte den Kläger doch pro rata als Miteigenthümer der fraglichen Obligationen anzuerkennen und in den Mitbesitz derselben aufzunehmen hätte.

Möchte nun auch eine neben Uebergabe der fraglichen Obligationen geschehene Cession der Forderungen von 40,000 ℛ, worüber sie lauten, als Uebereignung jener Obligationen selbst zu gelten haben, so hat doch der ꝛc. Carl Hostmann der Verklagten durch jene Urkunde jene Forderungen jedenfalls nicht ohne Weiteres ganz, sondern höchstens „bis zu der erforderlichen Summe", wie die Urkunde sich ausdrückt, cedirt. Eine den unmittelbaren Uebergang der ganzen Forderung begründende

Digitized by Google

Cession kann auch durch jene Vereinbarung nicht bewirkt sein, weil eine Cession nur auf Grund eines zur Bewirkung des Uebergangs der Forderung geeigneten Rechtsgeschäfts stattfinden kann, jene Worte „bis zu der erforderlichen Summe" aber auf ein der Cession zum Grunde liegendes Rechtsgeschäft hinweisen und zugleich zeigen, daß solches nicht den ganzen Betrag der fraglichen Forderung erschöpfte.

Jene Worte weisen als Veranlassung zu der Cession auf die in der qu. Urkunde vorher erwähnten Rechtsgeschäfte zurück. Das erste von diesen ist das für Carl Hostmann durch Erhebung der Gelder des Flachsbereitungsvereins aus der 5. und 6. Einzahlung, insofern sie nicht sofort verwendet werden konnten, gegen die Verklagte begründete Schuldverhältniß. Von einer unbedingten datio in solutum auf diese Schuld ist aber hinsichts der hier fraglichen Forderung des Carl Hostmann nicht die Rede; sofortige Tilgung jener Schuld durch Uebereignung dieser Forderung kann auch nicht beabsichtigt sein, da umgekehrt jene Schuld in ein verzinsliches Darlehn verwandelt wurde, auf welches Carl Hostmann durch Bestreitung der laufenden Ausgaben der Verklagten gelegentlich Rückzahlungen machen, Summen von über 1000 ℳ aber nur nach dreimonatlicher Kündigung abtragen sollte, also eine einstweilige Fortdauer jenes Schuldverhältnisses in veränderter Gestalt gewollt wurde. Sodann ist in der fraglichen Urkunde gesagt, daß Carl Hostmann zur Sicherheit für diese Schuld an Capital und Zinsen der Verklagten, neben einer Hypothek an seinem ganzen Vermögen eine Sicherheit durch das in den der Verklagten damit übergebenen Namen-Obligationen verbriefte Capital von 40,000 ℳ ꝛc. gebe und solches derselben bis zu der erforderlichen Summe cedire. Damit ist ausgesprochen, daß die fragliche Cession zur Sicherheit der Verklagten geschehe. Eine Cession lediglich zur Sicherheit für eine fortbestehende Forderung, jedoch mit dem Rechtseffecte, daß die cedirte Forderung und die über sie lautende Obligation damit in das Eigenthum des Gläubigers übergehe, gehört aber, nach

Digitized by Google

Antiquirung der altrömischen fiducia, überhaupt nicht zu den in unserm Rechte als möglich anerkannten Geschäften; insbesondere kann auch nicht zur Grundlage einer solchen unmittelbaren und unbedingten Cession ein an jener Forderung und Obligation für eine fortbestehende Schuld gegebenes Pfandrecht gemacht werden.

Die Constituirung eines Specialfaustpfandes ist aber hier in den Worten:

> insbesondere aber gebe ich demselben eine Sicherheit durch ein Capital von 40,000 ℳ, welches ich laut anliegender Obligationen ꝛc. an ꝛc. zu fordern habe,

um so zweifelloser zu befinden, da ein Pfandrecht für Verklagte auch an diesen Gegenständen schon durch die unmittelbar vorher bestellte Generalhypothek begründet wurde.

Sonach bleibt nur Raum für eine eventuelle Cession und auch für eine eventuelle datio in solutum, — welche beide mit der einstweiligen Fortdauer des Schuld- und Pfandverhältnisses vereinbart sind. In seinen schriftlichen Berufungsgegenanträgen will der Verklagten Anwalt auch selbst nur eine eventuelle Cession als hier vorliegend-geltend machen.

Es fragt sich also, ob von diesem Gesichtspunete aus die fragliche Vereinbarung die Intention der Verklagten zu begründen geeignet sei.

Eine eventuelle Cession liegt aber schon in der Verpfändung einer Forderung, insofern damit dem Gläubiger die Ermächtigung gegeben wird, behuf seiner Befriedigung die verpfändete Forderung selbst geltend zu machen oder weiter zu cediren. Durch ausdrückliche Vornahme einer solchen eventuellen Cession wurde also das Recht der Verklagten über das Pfandrecht hinaus gar nicht erweitert. Daß nur eine solche eventuelle Cession hier gewollt sei, dafür spricht der mehrerwähnte Ausdruck „bis zu der erforderlichen Summe“, da nur die zu ihrer Befriedigung erforderliche Summe hierunter verstanden werden kann. — Möchte aber auch der Ausdruck des Carl Hoffmann, daß er „die Forderung qu. zu

Digitized by Google

freier Verfügung cedire", auf eine weitergehende und eventuelle datio in solutum mit bezielende Absicht der Contrahenten hinweisen, so fehlt doch jede Andeutung für eine dahin gehende Absicht derselben, daß in einem gewissen von dem Willen der Verklagten unabhängigen, hier aber gar nicht erkennbar gemachten Falle die Forderung der Letzteren gegen Carl Hostmann von selbst erloschen sein und an deren Stelle für sie ohne Weiteres eine dem Betrage ihrer Forderung entsprechende Rate der Forderung des Carl Hostmann gegen die Saline Neuhall treten solle. Diesem nach kann höchstens angenommen werden, die Absicht der Contrahenten sei dahin gegangen, daß für den Nichtzahlungsfall Verklagte nicht blos zur Eincassirung oder Weitercedirung der fraglichen Forderung behuf Erwirkung ihrer eigenen Befriedigung, sondern auch dazu ermächtigt werde, hinsichts eines dem Betrage ihrer Forderung entsprechenden Theils jener Forderung in sonstiger Weise, wäre es auch durch die Erklärung, ihn an Zahlungsstatt annehmen zu wollen, zu ihrem Vortheil frei zu verfügen, und daß, wenn dieses geschehe, damit in tantum die Schuld des Carl Hostmann bezahlt und getilgt sein solle. Dadurch würde aber die jetzige Intention der Verklagten nicht gerechtfertigt werden. Denn zuförderst könnte jener Fall nicht früher eintreten, als bis die Pflicht des ꝛc. Hostmann, zu zahlen, existent war. Dafür, daß dieses vor Ausbruch des Concurses über letzteren hier eingetreten sei, ist aber nichts angeführt. Sodann mußte, da Verklagte durch den Vertrag nicht gezwungen war, eine datio in solutum als geschehen gegen sich gelten zu lassen, und für Carl Hostmann nur eine persönliche Verpflichtung entstanden wäre, zu zahlen, oder aber die Annahme an Zahlungsstatt sich gefallen zu lassen, analoge Anwendbarkeit des im §. 625 inf. der Proceßordnung hinsichts der Statthaftigkeit der Compensation im Concurse ausgesprochenen, aber hier nicht Platz greift, Jenem noch hinzutreten, daß Verklagte und zwar zu einer Zeit, wo dem Carl Hostmann die Disposition über sein Vermögen noch nicht entzogen

Digitized by Google

war, gegen ihn von jener Ermächtigung Gebrauch machte. Auch diesem entsprechende Behauptungen sind nicht aufgestellt. — Verklagte ist demnach hinsichts der fraglichen Obligationen, nicht als Eigenthümerin wäre es auch nur pro rata, sondern lediglich als Pfandinhaberin zu betrachten. — Es fragt sich sonach zweitens, ob sie als solche berechtigt ist, deren Herausgabe dem Concurscurator bis dahin zu verweigern, daß sie wegen ihrer Forderung gegen den Cridar befriedigt ist.

In dieser Beziehung ist Folgendes zu erwägen:

Das in der l. unica Cod. VIII. 27 von Kaiser Gordian dem Pfandinhaber wegen einer solchen Forderung, für welche ein Pfandrecht an der fraglichen Sache nicht constituirt ist, gegebene Retentionsrecht ist eine exceptio doli generalis, welche darauf gebaut ist, daß es unbillig sei, die Herausgabe der dem Verklagten zu seiner Sicherheit gegen den Kläger gegebenen Sache zu verlangen, so lange der Letztere selbst den Verklagten noch nicht wegen einer anderen gegen ihn contrahirten Schuld befriedigt hat. Dieser Vorwurf kann aber dem klagenden Concurscurator nicht gemacht werden, da er nicht unbedingt, sondern nur insofern sie im Concurse angemeldet sind und nach Ordnung der Concursgläubiger die Schulden des Cridars zu befriedigen hat. Jenes Retentionsrecht, dem Pfandbesitzer einem zweiten Pfandgläubiger gegenüber ausdrücklich abgesprochen, kann also ebensowenig dem Concurscurator gegenüber geltend gemacht werden.

Um dieses Retentionsrecht selbst handelt es sich hier indessen nicht, sondern darum, ob derjenige Pfandgläubiger, welcher rite in den Besitz des Pfandgegenstandes gelangt ist, hier ein Faustpfandgläubiger, so lange er nicht wegen derjenigen Forderung, für welche die fragliche Sache zum Pfande bestellt worden, befriedigt ist, vom Concurscurator genöthigt werden könne, solche in die Concursmasse einzuwerfen, und die Verwerfung jenes Retentionsrechts begründet noch nicht eine Verneinung der ebengedachten Frage, während eine Be-

Digitized by Google

jahung derselben aus der Zulassung des gedachten Retentionsrechts zu folgern gewesen wäre.

Die eben erwähnte Frage aber steht in wesentlichem Zusammenhange mit der Frage, ob ein Pfandgläubiger, unerachtet des Ausbruchs des Concurses über das Vermögen seines Schuldners, aus dessen ihm verpfändeter Sache um deswillen, weil er dieselbe rite in Besitz bekommen hat, sich selbst befriedigt machen könne. Auch die hierüber im gemeinen Rechte bestehende Controverse hat in unserer Proceßordnung von 1850 eine ausdrückliche Erledigung nicht, vielleicht auch nicht eine unmittelbar darauf bezügliche Entscheidung gefunden. Indessen hat sich jenes Proceßgesetz über die Natur des Concursverfahrens in der Maße ausgesprochen, daß darnach die von Einigen nach gemeinem Proceßrechte an der s. g. Universalität des Concurses, wiewohl mit Unrecht, gehegten Zweifel und mit ihnen alle haltbaren Gründe für eine Verneinung der Pflicht besitzender Pfandgläubiger, die fragliche Sache in die Concursmasse einzuwerfen und das kraft ihres Pfandrechts ihnen zuständige Befriedigungsrecht im Concurse zu verfolgen, für uns als geschwunden anzusehen sind. Zur näheren Begründung der Bejahung dieser Pflicht der Pfandbesitzer das Folgende:

Wie der Umstand, daß sie rite in den Besitz des Pfandgegenstandes gelangt sind, ein stärkeres oder besseres Recht der Pfandgläubiger, die Sache behuf ihrer Befriedigung zu haben, begründen könnte, als dasjenige anderer Pfand- und resp. Befriedigungsberechtigter, ist nicht zu ersehen. Das Faustpfand als solches begründet kein derartiges Vorzugsrecht und überhaupt kein das Pfandrecht überschreitendes dingliches Recht. Es fehlt also an einem zureichenden Grunde dazu, diese Pfandgläubiger von der, nach deutschem Proceßrecht zweifellos begründeten Verpflichtung der Pfandgläubiger überhaupt zu eximiren, daß sie lediglich im Concurse selbst ihre Befriedigung suchen. Ihre Rechte werden dadurch nicht mehr verletzt,

Digitized by Google

als die der übrigen Pfandgläubiger, wenn schon sie größere Vortheile dadurch einbüßen mögen.

Wenn aber jene verfochtene Bevorzugung der Pfandbesitzer vor Letzteren durch den Satz gerechtfertigt werden soll, daß der Concurscurator in Beziehung auf das Vermögen des Cridars nicht mehr Rechte geltend machen könne, als Letzterer gehabt und somit auf die Concursgläubiger oder den Curator übertragen habe, dem Cridar aber das Recht nicht zugestanden habe, den Pfandgläubigern ohne zuvorige Befriedigung derselben das in ihren Händen befindliche Pfand zu entwinden, so wird Folgendes Ersteren zu entgegnen sein.

Zunächst: jener Satz in seiner Allgemeinheit muß für unrichtig erachtet werden, die persönlichen Verpflichtungen des Cridars trifft er nur in sehr modificirter Weise und, wenn er hinsichts der dinglichen Rechte und ihrer Verfolgung unbedingt gälte, so müßte er, (was doch entschieden nicht Platz greift [cf. §. 610 der Proceß-Ordnung]), auch die Fortführung bereits verhängter Executionen wider den Gemeinschuldner nach ausgebrochenem Concurse wenigstens dann zur Folge haben, wenn es bereits bis zur Auspfändung gekommen und ein pignus in causa judicati captum begründet ist, (cf. §. 610 der Proceßordnung ꝛc.) kurz jener Satz hat nur insoweit Geltung, als nicht die Natur des Concursus creditorum ein Anderes mit sich bringt. — Sodann aber ist zu erwägen, daß der Schuldner selbst nur deshalb nicht befugt ist, den Gläubigern das Pfand zu entwinden, weil er oder sein Rechtsvorgänger ihnen die Befugniß, solches behuf ihrer Befriedigung zu haben, eingeräumt hat und er verpflichtet wäre, es ihnen herauszugeben, wenn er das Object selbst inne hatte, — beides aber auf den Concurscurator nicht zutrifft.

Was aber insbesondere unsere Proceßordnung von 1850 betrifft, so entscheidet sie im §. 615 (cf. §. 645. al. 2) nur den bisherigen Zweifel, ob der Concurscurator hinsichts der Concursmasse lediglich die Rechte der Concursgläubiger oder auch unmittelbar diejenigen des Cridars vertrete, dahin, daß

Digitized by Google

sie Letzteres bejaht. Sie spricht im §. 626 al. 1 aus, daß die Edictalladung hinsichts Aller erlassen werde, welche an die Concursmasse behuf ihrer Befriedigung Ansprüche machen. Im §. 619 aber sagt sie, daß die Concursmasse durch das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Concurseröffnung zustehende Vermögen gebildet werde, soweit es überhaupt Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung sein könne. Wenn nun dieser §. dem hinzufügt: „vergleiche jedoch §. 605", dieser §. aber al. 1 sagt: „der Concurs erstreckt sich, vorbehältlich der gesetzlich bestimmten Ausnahmen, auf das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners (vergleiche auch §. 598) und dann in al. 2 und 3 zwei Fälle aufführt, in denen ein nicht das gesammte Vermögen umfassender Concurs statthaft erklärt wird, so läßt sich nicht bezweifeln, daß in diesen Bestimmungen der §§. 619, 605 und 598 die Grenzen für die Concursmasse erschöpfend angegeben werden sollten, dergestalt, daß darnach zu dieser gerechnet werden muß das gesammte dem Gemeinschuldner zur Zeit der Concurseröffnung zuständige Vermögen, insoweit es überhaupt Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung sein kann, und weder nach §. 605 zum Objecte eines statthaften Particularconcurses gemacht wird oder nur als Gegenstand eines solchen in Frage kommt, noch auch in dem vor Ausbruch des Concurses bereits erzielten Erlöse aus einer auf Andringen einzelner Gläubiger vollstreckten Execution, insoweit jener zu deren Befriedigung erforderlich wird, besteht. Diesen entsprechend verordnet der §. 621. 1. (cfr. §. 616) daß der Curator für Vervollständigung der Masse durch Herbeiziehung der in den Händen Dritter befindlicher Vermögentheile zu sorgen hat, zu welchem Ende er befugt sein soll, eine Rescission derjenigen Veräußerungen des Gemeinschuldners vorzunehmen, die Seitens der Gläubiger oder auch nur eines derselben den Rechten nach anfechtbar sind. Möchte nun auch Letzteres lediglich von den eigentlichen Rechts-Veräußerungen, (in fraudem creditorum etc.) und nicht auch von den ein besseres Be-

Digitized by Google

friedigungsrecht einzelner Gläubiger verletzenden Besitzübertragungen in Beziehung auf bestehende dingliche Befriedigungsrechte (Pfandrechte) anderer Creditoren zu verstehen, also nicht unmittelbar für die hier vorliegende Frage entscheidend sein, so gibt es doch a potiori ein Argument für die hier streitige Befugniß des Curators. Zur Bestärkung derselben dient, daß nach al. 2 des §. 598 das pignus in causa judicati captum, sofern es noch nicht veräußert worden, zur Masse geschlagen werden muß. Zur Begründung jener Befugniß des Curators reicht aber, auch abgesehen hiervon, vollkommen aus, daß dem Obigen zufolge das gesammte nicht besonders ausgenommene, dem Cridar zur Zeit des Concursausbruches gehörige zum Executionsobjecte für eine Geldforderung geeignete Vermögen zur Concursmasse gehört, und daß alle diejenigen, welche aus der Letzteren Befriedigung beanspruchen, solche in dem Concurse suchen müssen; denn Ersteres trifft auf die hier fraglichen Obligationen zu, da sie geständigermaßen dem Cridar gehörten, dieselben sodann nicht in das Eigenthum der Verklagten übergegangen sind und weder das daran der Verklagten gegebene Pfandrecht, noch auch der für Letzteres ihnen übertragene Besitz eine gesetzliche Ausnahme (videsupra) von der in Ersterem gegebenen Regel begründet; das zweite aber trifft auf die Verklagte zu, weil sie lediglich ihre Befriedigung aus jenen Bestandtheilen der Concursmasse beansprucht. Die Verklagte muß also, ihrer Weigerung unerachtet, die fraglichen Obligationen in die Concursmasse einwerfen und lediglich in dieser kraft ihres Pfandrechts Befriedigung wegen ihrer Ansprüche an den Cridar suchen.

Aus diesen Gründen wird, unter Aufhebung des Urtheils des großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Hannover vom 26. Februar 1859 die Verklagte schuldig erkannt, die streitigen vierzig Obligationen der Saline Neuhall bei Linden dem klagenden Concurscurator herauszugeben und sämmtliche Kosten dieses Processes zu tragen und resp. zu erstatten.

I. Civilsenat. Hostmann'scher Curator c. Flachsbereitungsanstalt zu Hannover. 21. Juni 1859.

Digitized by Google

89.

Der Concurscurator ist nicht berechtigt, eine Hypothekbestellung mit der actio pauliana anzufechten.

cfr. §. 621, 630, 632, 642 der B. P.-O.

Der Concurscurator hatte einer von einem Gläubiger beanspruchten Hypothek die Anerkennung verweigert, weil dieselbe in fraudem creditorum bestellt sei. In einem auch wegen anderer Streitpuncte eingeleiteten Liquidationsverfahren wurde die Legitimation des Curators zur Geltendmachung der actio oder exceptio pauliana bestritten und von dem Berufungsgerichte ebenfalls als nicht vorhanden angenommen, weil die betreffende Forderung selbst nicht von dem Curator bestritten ist, seine Befugniß zur Proceßführung wegen Gültigkeit der ihre Location bedingenden Hypothek aber in Gemäßheit der §§. 630, 632, 642 der B. P.-O. sich auf die bei dem Concursgerichte bereits abgegebene Erklärung und auf diejenigen Specialprocesse beschränkt, welche nach Abgabe des Prioritätsurtheils wegen der die Location bedingenden Beweisführungen der Gläubiger erforderlich werden.

II. Senat. Elfers c. Wedemeyer curator. 17. November 1857.

90.

Zu §. 346 und 394 der B. P.-O.

cfr. 1855—1856. Nr. 6, 8, 50. 1857—1858. Nr. 77.

Verschiedene Klaganspräche wurden theilweis zuerkannt, andere zurückgewiesen und einzelne Beweise normirt.

Beide Parteien traten ihre Beweise durch Urkunden, Zeugen, Sachverständige und Eide an. In dem Beweisantretungstermine deferirte Beklagter behuf künstlicher Führung des directen Gegenbeweises dem Kläger einen Eid.

Das Proceßgericht verfügte Aufnahme des Zeugen- resp. Urkundenbeweises und normirte den letztgedachten vom Beklagten deferirten Eid.

Digitized by Google

Kläger erhob nunmehr wider das letzte den Eid normirende Urtheil die sofortige Berufung und wider das Interlocut, insoweit dessen Entscheidungen im materiellen Zusammenhange mit der Eidesnormirung standen, die vorbehaltene Berufung. Beklagter beantragte nach §. 346 der B. P.-O. Zurückweisung der verfrühten Berufung.

Das Berufungsgericht erkannte, daß die Berufung zulässig sei, da ein Fall des §. 346 der B. P.-O. nicht vorliege, indem das letzte Urtheil weder eine endliche Entscheidung noch die Normirung eines nothwendigen Eides enthalte.

II. Senat. Kruse c. Hagenah. 15. Juli 1859.

Druck von Ph. C. Böhmann in Hannover.

Ej. E. F. Hn.
4/24/01
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google